

جامعة الإمارات العربية المتحدة

مَجَلَّة

الشريعة والقانون



« حولية محكمة »

حكم إخدام الزوجة في الفقه الإسلامي

تصور وجود الإجماع وتحقيق مذهب الإمام أحمد

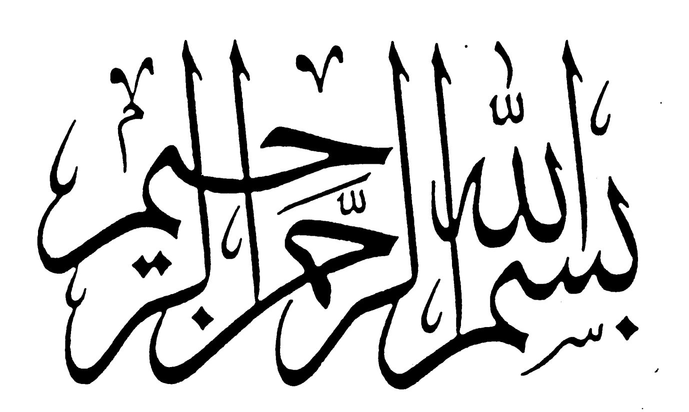
دور القضاء الإداري في تحديد أسباب القرار المطعون فيه

النظام القانوني لدفع المقابل المالي في العقد الإداري

نقل وزراعة الأعضاء البشرية في الميزان الشرعي

دور الضمان في كسب الملكية تبعاً

العدد الثالث عشر ذو القعدة / ١٤٢٠هـ - فبراير ٢٠٠٠ م


بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

يَرْفَعِ اللهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا العِلْمَ دَرَجَٰتٍ

صدق الله العظيم



ترسل البحوث باسم رئيس التحرير على العنوان الآتي:

مجلة الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة -

كلية الشريعة والقانون - العين - ص .ب ١٥٥٥١ -

دولة الإمارات العربية المتحدة

هاتف ٦٤٣٩٩٨- فاكس ٦٦٠٦٥٥

قسيمة الاشتراك

الاشتراك السنوي داخل الدولة:

للأفراد ٣٠ درهماً إماراتياً	للمؤسسات والجهات الحكومية ٥٠ درهماً إماراتياً

الاشتراك السنوي خارج الدولة:

للأفراد : ١٥ دولاراً أمريكياً	للمؤسسات العامة والخاصة : ٢٠ دولاراً أمريكياً

الاسـم : ....

ص.ب : .... المدينة: .... الدولة: ....

الهاتف: .... الفاكس: ....

الاشتراكات بواسطة حوالة بريدية أو شيك مصرفي تعنون باسم رئيس التحرير - العين - ص .ب ١٥٥٥١- - جامعة الإمارات - كلية الشريعة والقانون- دولة الإمارات العربية المتحدة

للاستفسار : هاتف ٧٥١٤٣٣٦-٩٧١٢- فاكس ٧٦٤١٢٢٦-٩٧١٢

هيئة التحرير

جميع الآراء في هذه المجلة تعبرعن وِجهة نظر كاتبيها،ولاتعبر عن وجهة نظر هيئة التحرير أو الجامعة

الأبحاث مرتبة وفق اعتبارات فنية بحتة لا علاقة لها بقيمة البحث العلمية ولا بمكانة الباحث ..

المحتويات

اهداف المجلة

وقواعد النشر

أولاً : أهداف المجلة :

مجلة كلية الشريعة والقانون حولية محكّمة متخصصة تصدرها كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، وتهدف إلى :

١- نشر البحوث المبتكرة والتي يعدها المتخصصون في مجالي الشريعة والقانون من أجل إثراء البحث العلمي في هذين المجالين، مع إتاحة فرص النشر والنمو العلمي لأعضاء هيئة التدريس بالكلية.

٢- توطيد الصلات العلمية والفكرية بين كلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة ونظائرها في الجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية .

٣- معالجة القضايا الإنسانية المعاصرة في إطار الشريعة والقانون، سيما مايختص منها بدولة الإمارات العربية المتحدة ومنطقة الخليج، والعالم العربي والإسلامي.

٤- متابعة ورصد اتجاهات الحركة العلمية في نطاق الشريعة والقانون عن طريق التعريف بالكتب والترجمات الحديثة في مجالي الشريعة والقانون، والرسائل الجامعية التي تقدم للجامعات الخليجية والعربية والإسلامية والعالمية، والمؤتمرات، والندوات العلمية التي تتناول قضايا الإنسان وبيئته في المجالين المذكورين، بالإضافة إلى أخبار التراث الفكري الإسلامي والعربي والفتاوى الشرعية والقانونية.

٥- إتاحة فرص التبادل العلمي مع المجلات العلمية المماثلة التي تصدرها الكليات المناظرة في الجامعات الأخرى على مستوى العالم .

ثانياً : قواعد النشر :

١ - تقوم مجلة الشريعة والقانون بنشر الدراسات الأصيلة والمبتكرة ذات الصلة بالفقه الإسلامي والقانون بفروعهما، والمتسمة بالعمق والإثراء المعرفي.

٢ - تقبل البحوث باللغة العربية أوالإنجليزية او الفرنسية، ويفضل أن يتراوح حجم البحث بين خمسة آلاف وعشرة آلاف كلمة، (١٦-٣٢) صفحة من النوع العادي، عدا المراجع والأشكال والصور والملاحق.

٣- يجب ألا يكون البحث جزءاً من رسالة الدكتوراه أو الماجستير التي أعدها الباحث، وألايكون قد سبق نشره على أي نحو كان أو إرساله للنشر في مجلة أخرى ويثبت ذلك بإقرار كتابي يمهره الباحث بتوقيعه.

٤- ضرورة اتباع الأصول العلمية من حيث الإحاطة والاستقصاء، والحواشي والمصادر والمراجع، إلى غير ذلك من القواعد المرعية في البحوث العلمية، مع مراعاة أن تكون مراجع وهوامش كل صفحة أسفلها.

٥- يجب أن يراعى في البحوث المتضمنة لنصوص شرعية ضبطها بالشكل مع الدقة في الكتابة.

٦- أن يكون البحث خالياً من الأخطاء اللغوية والنحوية، مع مراعاة الترقيم المتعارف عليه في الأسلوب العربي، وضبط الكلمات التي تحتاج إلى ضبط.

٧- أن يكون البحث مرقوماً على الآلة الكاتبة، أو بالحاسوب، أو مكتوباً بخط واضح، وتزود هيئة التحرير بثلاث نسخ منه.

٨- يرفق البحث بنبذة موجزة عن مُعده، تعرف به، وبسجله العلمي، وأبرز أبحاثه ومؤلفاته العلمية.

٩- يتم عرض البحث -على نحو سري- على محكمين من الذين يقع عليهم اختيار هيئة تحرير المجلة .

١٠- يخطر أصحاب البحوث بالقرار حول صلاحيتها للنشر أو عدمه خلال مدة لاتتجاوز الشهرين من تاريخ وصوله لهيئة التحرير.

١١- تعد الأقسام العلمية لائحة المحكمين الداخليين والخارجيين وتعتمدها لجنة المجلة، وتصرف المكافآت وفقاً للقواعد المعمول بها في الجامعة .

١٢- يراعى في أولوية النشر مايلي :

أ- الأبحاث المرتبطة بمجتمع دولة الإمارات العربية.

ب- تاريخ وصول البحث لرئيس هيئة تحرير المجلة .

جـ- تنويع الأبحاث موضوعاً وأشخاصاً .

✤✤✤

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

الحمد لله رب العالمين، بقرآنه نهتدي، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين، بسنته نقتدي، الذي أرسله الله بالحق وأنزل معه شريعة محكمة آياتها، مفصلة أحكامها، متسقة لاعوج فيها ولاخلل، كاملة لانقص فيها ولا اضطراب.

أما بعد، فهذا هو العدد الثالث عشر من مجلة الشريعة والقانون ، يسعدني أن أقدمه للقراء الأعزاء ، وهو يواكب بداية ألفية جديدة أطلت برأسها محملة بأمنيات عديدة على المستويين العام والخاص. أما على المستوى العام، فالأمل -كل الأمل- في أن يوفق الله الأمة الإسلامية في لم الشمل ورأب الصدع بالعمل بأحكام الشريعة الإسلامية الغراء. أما على على المستوى الشخصي، فالرجاء في أن يكلل الله سبحانه وتعالى جهود الجامعة عموماً وكلية الشريعة والقانون خصوصاً بالتوفيق والسداد، وأن يبقى العمل مستمراً لتطوير مجلة الكلية حتى تواكب باستمرار -مايستجد من تطورات علمية تنعكس -بالضرورة على الواقع الذي نعيشه.

ومن هذا المنطلق، صدر العدد الثالث عشر من مجلة الشريعة والقانون مواكباً للتطورات -في ذات الوقت- بالأصول العلمية والمنهجية التي سارت عليها المجلة منذ نشأتها من حيث الجمع بين فقه الشريعة الإسلامية وفقه القانون،

ومن حيث استحداث أبواب جديدة لعرض بعض المؤلفات الحديثة، أو لندوة تنظمها الكلية، أو لعرض بعض المبادىء القضائية التي أرساها القضاء في دولة الإمارات.

والله أسأل أن يوفقنا جميعاً لما فيه الخير. ﴿وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون﴾ صدق الله العظيم.

رئيس التحرير

الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة

أولاً

البحوث والدراسات المحكَمة

حكم
إخدام الزوجة في الفقه الإسلامي

إعداد

عبدالرحمن بن صالح بن محمد الغفيلي *

* وكيل كلية المعلمين بمحافظة الرس بالقصيم بالمملكة العربية السعودية .

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره، ونتوب إليه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلامضل له، ومن يضلل فلاهادي له، وأشهد أن لاإله إلا الله وحده لاشريك له، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله، صلى الله عليه وعلى آله وأصحابه وسلم تسليماً كثيراً، أما بعد :

فإن تحرير المسائل الفقهية، ودراسة القضايا الخلافية، فيه خدمة للعلم وأهله، فالباحث فيها يجمع متفرقاً، ويناقش دليلاً، ويفحص قولاً، ويدرس سنداً، ومن ثم يختم بما يراه راجحاً وصحيحاً، حسب علمه واجتهاده، وكفاه أن يكون لم شمل المسألة، وجمع أطرافها لمن هو أفقه منه، ومن هنا كان لي شرف المشاركة في خدمة هذا العلم، الذي لايستغنى عنه العبد، لأنه الطريق الوحيد لمعرفة العبد مايريده منه مولاه، سواء مايتعلق بما بين العبد وربه، أو ما يتعلق بين العبد والخلق، وحيث إن هذه المسألة التي نحن بصدد الحديث عنها تتعلق بحقوق الخلق، وحقوق الخلق مبنية على المشاحة، كان الحديث عنها، والبحث فيها، في غاية الأهمية، ومما يزيدها مكانة وقدراً أنها تتعلق بمسألة بين الزوجين، الذين هما أساس الكيان الأسري، والبذرة الصغيرة لتكوين الأسرة الكبيرة، والمجتمع الصغير الذي بمجموعه تتكون منه الأمة، ولقد عني الكتاب والسنة بما لكل من الزوجين عناية فائقة في غير ما آية وحديث، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وعاشروهن بالمعروف فإن كرهتموهن فعسى أن تكرهوا شيئاً ويجعل الله فيه خيراً كثيراً﴾[1] ، وقال: ﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال

---

(١) سورة النساء، من الآية: (١٩) .

عليهن درجة﴾[1] ، وقال : «استوصوا بالنساء خيراً»[2] ، وعن عائشة - رضي الله عنها -، قالت : قال رسول الله : «خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي»[3] .

وهذا الاهتمام الكبير والعناية البالغة في الشرع لهذا الجانب نظراً لحرص الإسلام على العدل، والحفاظ على كيان الأسرة، واستقرارها، وبث المحبة والمودة في أرجائها، وذلك كي ينشأ الطفل في حضن هذه الأسرة نشأة مستقرة، هادئة، وديعة، يحفه العطف، وتشمله الرحمة، وتحيط به الألفة والمحبة، ليكون بذرة صالحة في الأمة. ولذا اهتم العلماء من الفقهاء والمحدثين بجمع مسائل ونصوص المعاشرة الزوجيه فأخرج الإمام النسائي كتابه المشهور (عشرة النساء)[4] ، وكثر التأليف في هذا الباب عند المتأخرين ومن ذلك :

١- الأحوال الشخصية للشيخ محمد أبو زهرة .

٢- مكانة المرأة في الإسلام للشيخ محمد متولي الشعراوي .

(١) سورة البقرة، من الآية : (٢٢٨).

(٢) أخرجه البخاري حديث (٥١٨٦).

(٣) أخرجه الترمذي حديث (٣٨٩٥)، وابن ماجة حديث (١٩٧٧)، والدارمي حديث (٢٢٦٠)، والبيهقي في السنن ٧/ ٤٦٨، وقال الترمذي : (هذا حديث حسن غريب صحيح)، وصححه الألباني في الصحيحه رقم (٤٦٢ و ١١٧٤)، والمشكاة رقم (٢٣٥٢ و ٢٣٥٣).

(٤) خرج كتاب (عشرة النساء) للإمام أبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي صاحب السنن المتوفي سنة ٣٠٣هـ في ثلاث طبعات، الأولى في جمادي الأولى عام ١٤٠٨هـ - يناير ١٩٨٨م، والثانية في رجب من نفس العام الموافق شهر مارس ١٩٨٨م، والثالثة في رمضان من نفس العام أيضاً الموافق مايو ١٩٨٨م، وقد حقق الكتاب وعلق عليه (عمرو علي عمر).

٣- حقوق النساء في الإسلام للشيخ محمد رشيد رضا .

٤- جامع أحكام النساء للشيخ مصطفى العدوي .

٥-أحكام المعاشرة الزوجية (رسالة ماجستير في جامعة أم القرى) .

وغير ذلك من المؤلفات، ثم لايخلو كتاب من كتب الفقه أو الحديث من عقد باب أو فصل في المعاشرة بين الزوجين، وذلك لأهميتها ومكانتها في الشرع المطهر.

سبب الكتابة في هذه المسألة:

لقد كنت كثيراً ماأفكر في هذه المسألة، وأقرأ فيها قراءة استعراض، لاقراءة بحث وتحر وتدقيق ، وشاء الله تعالى أن يصدر قرار معالي وزير المعارف بتكليفي ضمن لجنة التعاقد لاختيار أعضاء هيئة تدريس من السودان، في صيف عام تسعة عشر وأربعمائة وألف من هجرة المصطفى (صلى الله عليه وسلم)، وهناك كان من الطبيعي بحكم مهمة اللجنة أن تقابل أكبر عدد من المثقفين والأساتذة والعلماء؛ لاختيار الأفضل، وكنا في فترات الراحة نجلس مع بعض الفضلاء، ونتجاذب معهم أطراف المسائل العلمية، وكان من بين هؤلاء الشيخ الفاضل الأستاذ الدكتور/ عبدالله بن بشير بن محمد البشير مدير تحرير مجلة كلية الدراسات العليا والبحث العلمي في جامعة القرآن الكريم، وكان مما أثاره بعض الحاضرين مسألة خدمة المرأة لزوجها، وهل ذلك واجب عليها؟ وذكروا أن هذه القضية كثيراً ماتحدث عندهم مشاكل أسرية بين الزوجين، فيترافع الزوجان إلى القضاء، فيحكم القاضي عندهم

بموجب المذهب المالكي، فذكرت لهم أن عدم إلزام المرأة بالخدمة هو ظاهر مذاهب الأئمة الأربعة، لكن بعض الفضلاء من الحضور لم يستحسنوا كلامي في ذلك، بحكم أنه يوقعهم في حرج، فاقترح علي الحضور ومن بينهم أخي الفاضل الدكتور/ عبد الله أن أحرر هذه المسألة تحريراً علمياً مؤصلاً، فوعدتهم خيراً، وبعد عودتي إلى بلادي بحفظ الله وتوفيقه، فكرت في الأمر، ثم توكلت على الله، وسألته العون والسداد، والفقه والرشاد، واحضرت قلمي، ولممت مراجعي، واستعرضت ماكتبه الأئمة، وقلت لنفسي إن أقل ماهنالك أن تكون كما قال النبي : « نضر[1] الله عبداً سمع مقالتي فحفظها ووعاها ورعاها وأداها فَرُب حامل فقه غير فقيه، ورُبَ حامل فقه إلى من هو أفقه منه»[2] .

طريقة البحث:

١) جمعت ماقاله الفقهاء والمحدثون في المسألة حسب استطاعتي .

٢) حاولت حصر الأدلة التي استدل بها كل فريق .

٣) وثقت الأقوال من مصادرها الأصلية .

٤) خرجت الأحاديث وعزوت الآيات بالنقل عن علماء هذا الشأن .

---

(١) نضَرَه ونضَّره وأنْضَره: أي نعمه، وهو من النضارة وهي في الأصل: حسن الوجه والبريق، وإنما أراد حَسَّن خُلُقَه وقَدْرَه. (النهاية في غريب الحديث ٥/ ٧١).

(٢) أخرجه أحمد في المسند (٥/ ١٨٣)، والحاكم (١/ ٨٧)، قال الذهبي في التلخيص (١/ ٨٧): (على شرطهما وله أصل جاء من أوجه صحيحه). قال الألباني في تعليقه على المشكاة (٨١/ ٧).: (وسنده صحيح، وصححه الحافظ ابن حجر وغيره).

٥) حاولت أن أبين درجة الحديث إذا كان في غير الصحيحين، وذلك بالنقل عن علماء هذا الشأن.

٦) ناقشت الأدلة حسب ماذكره العلماء فإن لم أجد للدليل مناقشة - وهو الكثير الغالب - حاولت أن اجتهد بمناقشته، وعندها أعبر بقولي: (ويمكن أن يعترض عليه)، و (يمكن أن يجاب عنه).

٧) أختم المسألة بما أراه راجحاً عندي، وقد يرى القاريء الكريم أن الراجح غيره، فليس كل مجتهد مصيب.

هذا وقد قسمت البحث إلى مقدمة وضحت فيها أهمية المسألة، وسبب بحثها، وطريقة البحث، وقسمت المسألة إلى ثلاثة مباحث وخاتمة وهي كالتالي:

المبحث الأول : حكم إخدام الرجل الموسر لزوجته.

المبحث الثاني : حكم إخدام الرجل المعسر لزوجته.

المبحث الثالث : حكم الإخدام بأكثر من خادم.

الخاتمـــــة : وفيها دونت أهم النتائج التي توصلت إليها في البحث.

المبحث الأول

حكم إخدام الرجل الموسر لزوجته

اختلف الفقهاء في الزوجة الحرة ، هل تجب عليها الخدمة لزوجها الموسر ، أو يجب عليه أن يتكفل بمن يخدمها ؟ على ثلاثة أقوال :

القول الأول:

لايجب على المرأة خدمة في بيت زوجها ، بل يجب على الزوج أن يوفر لها من يقوم بخدمة حوائجها ، من عجن ، وخبز ، وطبخ ونحو ذلك ، سواء كانت مريضة ، أو صحيحة ، أو شريفة ، أو وضيعة ، وهذا مذهب الحنفية[1] ، والشافعية[2] ، والصحيح من مذهب الحنابلة[3] ، والظاهرية[4] .

الأدلة:

استدل أصحاب القول الأول على أن الخدمة لاتجب على الزوجة وإنما تجب لها بما يأتي :

---

(١) ينظر : المبسوط ٥/ ١٨١ ، والهداية ٤/ ١٩٩ ، وفتح القدير ٤/ ٢٠٠-٢٠١ .

(٢) ينظر : المجموع ١٨/ ٢٥٩ ، ومغني المحتاج ٣/ ٤٣٤ .

(٣) ينظر : الإنصاف ٨/ ٣٦٢ ، وحاشية الروض المربع لابن قاسم ٧/ ١١٢ .

(٤) ينظر : المحلى ١٠/ ٩٠ .

الدليل الأول:

قول الله تعالى: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾[1] .

وجه الدلالة:

أن الزوجة إذا احتاجت إلى من يخدمها فامتنع لم يعاشرها بالمعروف[2] ، لأن من المعاشرة بالمعروف أن يقيم لها من يخدمها[3] .

واعترض عليه:

بأنه لايسلم أن من المعاشرة بالمعروف خدمة الرجل للمرأة، بل المعروف عكس ذلك، في القديم والحديث، وهو خدمة المرأة لزوجها[4] .

الدليل الثاني:

عن عائشة - رضي الله عنها - أن هنداً أم معاوية جاءت رسول الله ، فقالت إن أبا سفيان رجل شَحِيح، وإنه لايعطيني مايكفيني وبني، فهل عليَّ من جناح أن آخذ من ماله شيئاً؟ قال: (خذي مايكفيك وبنيك بالمعروف)[5] .

فقد (استدل بعضهم من معنى هذا الحديث على وجوب نفقة خادم المرأة على الزوج، وذلك أن أبا سفيان رجل رئيس في قومه، وبعيد أن يتوهم عليه أن يمنع

---

(١) سورة النساء، من الآية: (١٩).

(٢) ينظر: فتح الباري ٩/ ٤١٧.

(٣) ينظر: المجموع ١٨/ ٢٥٩، والمغني ١١/ ٣٥٥.

(٤) ينظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٨.

(٥) أخرجه البخاري في صحيحه، حديث (٥٣٦٤).

زوجته نفقتها، ويشبه أن يكون ذلك منه في نفقة خادمها، فوقعت الإضافة في ذلك إليها، إذ كانت الخادم داخلة في ضمنها ومعدودة في جملتها)[1] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن هذا التوجيه لحديث عائشة في قصة هند غير مسلم، بل ظاهر النص أن الشح وقع في نفقتها ونفقة عيالها، بدليل ماجاء في بعض ألفاظه في البخاري[2] ، (فهل علي حرج أن أطعم من الذي له عيالنا) ولايمنع رئاسته من ذلك (فإن كثيراً من الرؤوساء يفعل ذلك مع أهله، ويؤثر الأجانب استئلافاً لهم)[3] .

الدليل الثالث:

أن الزوج لما وجبت عليه نفقة الزوجة، وجب عليه إخدامها، قياساً على الأب، لما وجبت عليه نفقة الابن وجبت عليه أجرة من يخدمه، وهي الحاضنة[4] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الابن الصغير لاتكفى النفقة له بدون حاضنة تقوم بشؤونه، بخلاف الزوجة فيمكن أن تخدم نفسها، والزوج ينفق عليها .

---

(١) معالم السنن ٣/ ١٦٧، وفتح الباري ٩/ ٤١٩ .

(٢) هذا اللفظ في البخاري برقم (٢٤٦٠) .

(٣) فتح الباري ٩/ ٤١٩ .

(٤) ينظر: المجموع ١٨/ ٢٥٤ .

الدليل الرابع:

قياس وجوب الإخدام لها على النفقة، بجامع أن كلاهما محتاج إليه على الدوام، فكما تحتاج الزوجة إلى النفقة، كذا تحتاج إلى من يخدمها على الدوام فاشبهت النفقة [1].

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن النفقة مجمع على أنها حق من حقوقها بموجب عقد الزوجية، بخلاف الخدمة فهي محل خلاف، ولانسلم أنها من الحقوق اللازمة بموجب عقد الزوجية.

الدليل الخامس:

الإجماع على أن على الزوج مؤونة زوجته كلها، والإخدام داخل فيها[2].

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن المؤونة التي تجب على الزوج لزوجته النفقة عليها بالمعروف، وليس الإخدام من النفقة الواجبة، ولاإجماع في ذلك قطعاً، حيث الخلاف مشهور، ومنتشر عند السلف والخلف، فحكاية الإجماع على وجوب الإخدام غير مسلم مع شهرة الخلاف وقوته.

---

(١) ينظر: المغني ١١/ ٣٥٥.

(٢) ينظر: فتح الباري ٩/ ٤١٧.

الدليل السادس:

أن المعقود عليه من جهتها هو الاستمتاع، فلايلزمها غيره، فإن الخدمة رفعت عنها لترفيهها وحبسها على حقه، وحتى لاتتعب في جسمها فيعيق هذا من استمتاعه بها[1].

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن المعقود عليه هو الاستمتاع، ومايلحق به من حقوق، ومن ذلك الطاعة المطلقة في غير معصية الله - تعالى - ويدخل فيه الخدمة، والسفر معه، وحفظ غيبته، ونحو ذلك.

القول الثاني:

يجب على الزوج إخدام زوجته في حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون الزوجة من أهل الإخدام، أي من أشراف الناس، وليس من لفيفهم.

الحالة الثانية: أن يكون الزوج من الأشراف الذين لايمتهنون أزواجهم في الخدمة، وهنا عليه إخدامها وإن لم تكن من أهل الإخدام.

وفيما عدا هاتين الحالتين فيجب على الزوجة أن تقوم بالخدمة في بيت زوجها، وهذا مذهب المالكية[2].

(١) ينظر: المغني ١٠/ ٢٢٥-٢٢٦.

(٢) ينظر: المنتقى ٤/ ١٣٠، والخرشي على خليل ٤/ ١٨٦، وحاشية الدسوقي ٢/ ٥١٠.

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على التفريق باعتبار حال الزوج والزوجة، بأن الخدمة جارية على المعتاد من الأحوال، واعتبار حال الزوج في ذلك أولى؛ لأن المنزل له والحال جارية على قدره، ولحال النساء في ذلك اعتبار، فإن كانا رفيعي الحال فالخدمة ساقطة، وإن كان هو شريفاً رفيع الحال فلاخدمة عليها، وإن لم يكن كذلك وكان غنياً روعي في هذا شرفها مع غناه، فلها الخدمة، وإن كان فقيراً لم ينفعها شرفها وكانت الخدمة عليها[1] .

واعترض عليه:

بأن التفريق بالشرف والدناءة، والغنى والفقر لايصح، فهذه أشرف نساء العالمين فاطمة بنت محمد كانت تخدم زوجها، وجاءت إلى والدها - صلى الله عليه وسلم- تشكو إليه الخدمة فلم يشكها، فدل على أن التفريق في ذلك غير صحيح[2] .

القول الثالث:

أن الخدمة واجبة على الزوجة لزوجها سواء كانا غنيين أو فقيرين، وهو قول أبي ثور[3]، وبعض الحنابلة كأبي بكر بن أبي شيبة[4] ، وأبي إسحاق الجوزجاني[5]، وابن

(١) ينظر: امنتقى للباجي ٤/ ١٣١.

(٢) ينظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٨-١٨٩.

(٣) ينظر: فتح الباري ٩/ ٢٣٥.

(٤) ينظر: المغني ١٠/ ٢٢٥.

(٥) ينظر: المصدر السابق الجزء والصفحة.

تيمية[1] ، وابن القيم[2] ، وهو اختيار الشوكاني[3] .

الأدلـة:

استدل أصحاب هذا القول على أن الخدمة واجبة على الزوجة بما يأتي :

الدليل الأول :

قول الله تعالى : ﴿ فألفيا سيدها لدا الباب ﴾[4] .

وجه الدلالة:

أن الله تعالى جعل الزوج سيد زوجته في كتاب الله ، ومن المعلوم أن على العبد الخدمة[5] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن توجيه الآية غير مسلم ، لأن إطلاق كلمة سيد على الزوج على اعتبار ما عند الأقباط حيث يسمون الزوج سيداً[6] ، وهو أمر لاإشكال فيه ، لأنها كلمة تبجيل تطلق على الملك ، والرئيس ، والسخي ، وسيد العبد ، ولاتعنى الملكية التامة فيما سوى العبد ، ثم إن هناك احتمال آخر وهو أن هذه المرأة كانت مملوكة للعزيز ثم أعتقها

---

(١) ينظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/ ٩٠ .

(٢) ينظر زاد المعاد٥/ ١٨٩ .

(٣) ينظر : السيل الجرار ٢/ ٢٩٩ .

(٤) سورة يوسف ، من الآية :(٢٥).

(٥) ينظر : مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/ ٩٠ .

(٦) ينظر : فتح القدير للشوكاني ٣/ ١٨ .

وتزوجها، وبذلك يكون سيدها فعلاً[1].

الدليل الثاني:

قول الله تعالى: ﴿ ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف ﴾[2].

وقوله: ﴿ وعاشروهن بالمعروف ﴾[3].

وجه الدلالة :

أن الله أوجب للمرأة مثل ماعليها بالمعروف، وأمر الزوج أن يعاشرها بالمعروف أيضاً، والمعروف أن تخدم المرأة زوجها، لا أن يخدمها[4].

ويمكن أن يعترض عليه:

بأنه لايسلم بأن من العشرة بالمعروف خدمة الزوجة لزوجها، بل العكس هو الصحيح، لأن الزوج إذا لم يوفر لها خادماً لم يكن معاشراً لها بالمعروف[5].

الدليل الثالث:

قول الله تعالى: ﴿ فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله ﴾[6].

(١) ينظر: لسان العرب ٣/ ٢٢٨-٢٣٠.

(٢) سورة البقرة، من الآية: (٢٢٨).

(٣) سورة النساء، من الآية: (١٩).

(٤) ينظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٨.

(٥) يقارن بما في فتح الباري ٩/ ٤١٧، والمغني ١١/ ٣٥٥.

(٦) سورة النساء، من الآية: (٣٤).

وجه الدلالة:

أن وصف الزوجات الصالحات بالقنوت يقتضي وجوب طاعتها لزوجها مطلقاً: من خدمة، وسفر معه، وتمكين له، وغير ذلك[1] .

ويمكن أن يعترض عليه

بأنه لايسلم بأن وصف الزوجة الصالحة بالقنوت يقتضي الطاعة المطلقة، بل الواجب الطاعة بالمعروف، والمعترض يخالف أن خدمة الزوجة لزوجها من المعروف، لأن المراد من القنوت في الآية مطلق الطاعة وليس الطاعة مطلقاً[2] .

ولذا قال القرطبي[3] : (ومقصوده الأمر بطاعة الزوج والقيام بحقه)، ولايسلم أن من حقه الخدمة.

الدليل الرابع:

قول الله تعالى: ﴿ الرجال قوامون على النساء ﴾[4] .

وجه الدلالة :

أن الله تعالى جعل القوامه للرجل، وإذا لم تخدمه المرأة بل خدمها، فهي القوامة عليه، وهذا مخالف لصريح القرآن الكريم[5] .

---

(١) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٢/ ٢٦٠ .

(٢) يقارن بما في أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٤١٦-٤١٧، وتفسير ابن كثير ٢/ ٢٥٦-٢٥٧ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن ٥/ ١٧٠ .

(٤) سورة النساء، من الآية: (٣٤).

(٥) ينظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٨ .

ويمكن أن يعترض عليه بأمرين:

أحدهما: أن قوامة الرجال على النساء تعني النفقة عليهن، والذب عنهن، فهو أمين عليها يتولى أمرها، ويصلحها في حالها، فهو رئيسها، وكبيرها، ومؤدبها إذا أعوجت[1]. ومن جملة الإنفاق عليها توفير من يخدمها.

الثاني: أن حق الخدمة لها، لايعني أن يقوم بذلك زوجها، بل عليه أن يوفر لها خادماً يقوم بذلك.

الدليل الخامس:

عن علي رضي الله عنه: (أن فاطمة - رضي الله عنها - أتت النبي - صلى الله عليه وسلم - تشكو إليه ماتلقى في يدها من الرَحَى - وبلغها أنه جاءه رقيق - فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة، فلما جاء أخبرته عائشة. قال: فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا، فذهبنا نقوم، فقال: على مكانكما. فجاء فقعد بيني وبينها، حتى وجدت برد قدميه على بطني. فقال: ألاأدلكما على خير مما سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما - أو أويتما إلى فراشكما - فسبحا ثلاثاً وثلاثين، وأحمدا ثلاثاً وثلاثين، وكبراً أربعاً وثلاثين، فهو خير لكما من خادم)[2].

قال الطبري: يؤخذ منه أن كل من كانت لها طاقة من النساء على خدمة بيتها في خبز أو طحن أو غير ذلك، أن ذلك لايلزم الزوج إذا كان معروفاً أن مثلها يلي ذلك

(١) ينظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤١٦/١، والجامع لأحكام القرآن ١٦٨/٥، وتفسير ابن كثير ٢٥٦/٢.

(٢) أخرجه البخاري حديث (٥٣٦٢).

بنفسه. ووجه الأخذ أن فاطمة لما سألت أباها - صلى الله عليه وسلم - الخادم لم يأمر زوجها بأن يكفيها ذلك، إما بإخدامها خادماً، أو باستئجار من يقوم بذلك، أو يتعاطى ذلك بنفسه، ولو كانت كفاية ذلك إلى علي لأمره به، كما أمره أن يسوق إليها صداقها قبل الدخول، مع أن سوق الصداق ليس بواجب إذا رضيت المرأة أن تؤخره، فكيف يأمره بما ليس بواجب عليه ويترك أن يأمره بالواجب؟"[1].

ولذا بوب عليه البخاري في صحيحه بقوله[2]: (باب عمل المرأة في بيت زوجها).

واعترض عليه بأمرين:

الأمر الأول: أن النبي (لم يلزم فاطمة بالخدمة، وإنما تركهما على مجرى العادة والاخلاق الحميدة، لاعلى سبيل الإيجاب[3].

وأجيب عنه:

بأن هذا غير مسلم، لأن فاطمة - رضي الله عنها - كانت تشتكي ماتلقى من الخدمة، فلم يقل لعلي: لاخدمة عليها، وإنما هي عليك، وهو - صلى الله عليه وسلم - لايحابي في الحكم أحداً[4].

---

(١) فتح الباري ٩/ ٤١٧.

(٢) صحيح البخاري ٣/ ٤٢٧.

(٣) ينظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/ ١٦٤.

(٤) ينظر: زا المعاد ٥/ ١٨٨.

ورد الجواب:

بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - لم يكن ليحكم في القضية، لأنهما لم يعرضا الأمر للقضاء به، وإنما كان الأمر مجرد طلب خادم يساعدهما على أمورهما، ولاشك أن المرأة الشريفة إذا تطوعت بخدمة زوجها بشيء لايلزمها، فليس لأب ولاسلطان أن ينكر عليها[1].

وتعقب الرد:

بأن هذا مبني على أصل من يقول به، وهو اعتقاد أن أصل الخدمة ليست واجبة على الزوجة، وهذا مردود؛ لأنه لو كان تطوعاً ماسكت عن ذلك أبوها مع مافيه من المشقة عليه وعليها[2].

الأمر الثاني: أن هذه الواقعة كانت في حالة ضرورة، فلايطرد الحكم في غيرها ممن لم يكن في مثل حالهم[3].

ويمكن أن يجاب عنه:

بأن هذا الحكم لو كان متعلقاً بالضرورة فقط لبينه - (- لأن هذا من البيان وقت الحاجة، وتأخير البيان عن وقت الحاجة لايجوز، كما هو مقرر عند أهل الأصول.

الدليل السادس:

عن أسماء بنت أبي بكر - رضي الله عنهما - قالت: (تزوجني الزبير وماله في

(١) ينظر فح الباري ٩/ ٢٣٥.

(٢) ينظر: المصدر السابق الجزء والصفحة.

(٣) ينظر: المصدر السابق والجزء والصفحة.

الأرض من مال، ولامملوك، ولاشيء، غير نَاضِح وغير فرسه، فكنت أعلف فرسه واستقي الماء وأخرز غَرْبه[1] وأعجن، ولم أكن أحسن الخبز، وكان يخبز جارات لي من الأنصار، وكن نسوة صدق، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير - التي أقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم- على رأسي، وهي مني على ثلثي فرسخ، فجئت يوماً والنوى على رأسي، فلقيت رسول الله صلى الله عليه وسلم ومعه نفر من الأنصار، فدعاني، ثم قال: إِخْ إِخْ، ليحملني خلفه، فاستحييت أن أسير مع الرجال، وذكرت الزبير وغيرته - وكان أغير الناس - فعرف رسول الله صلى الله عليه وسلم أني قد استحييت، فمضى، فجئت الزبير، فقلت: لقيني رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى رأسي النوى، ومعه نفر من أصحابه، فأناخ لأركب، فاستحييت منه وعرفت غَيْرَتَك، فقال: والله لحملك النوى كان أشد علي من ركوبك معه. قالت: حتى أرسل إلي أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس، فكأنما أعتقني)[2] .

قال ابن حجر[3] : (استدل بهذه القصة على أن على المرأة القيام بجميع مايحتاج إليه زوجها من الخدمة).

واعترض عليه بأمرين:

الأمر الأول: أن فعلها هذا من المروءة، وليس واجباً عليها، بل هو تبرع

---

(١) الغرب بسكون الراء الدلو العظيمة التي تتخذ من جلد ثور. النهاية في غريب الحديث ٣/ ٣٤٩)

(٢) أخرجه البخاري حديث (٥٢٢٤).

(٣) فتح الباري ٩/ ٢٣٥.

وإحسان منها إلى زوجها وحسن معاشرة وفعل معروف[1].

وأجيب عنه:

بأن عمل أسماء لو كان تطوعاً لم يكن للنبي صلى الله عليه وسلم أن يسكت لما رأى أسماء والزبير معه، حيث لم يقل له لاخدمة عليها، وأن هذا ظلم لها، بل أقره على استخدامها، وأقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية وهذا أمر لاريب فيه[2].

ويمكن أن يرد عليه:

بأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يكن له أن ينكر معروفاً، وتبرعاً من زوجة لزوجها، حيث تعلم أنها إنما تصنع معروفاً بزوجها، وحاشاه صلى الله عليه وسلم أن يمنع أحداً من صنع الإحسان، سيما من المرأة لزوجها.

الأمر الثاني: ماسبق في قصة أسماء من حملها على الضرورة، ويمكن أن يجاب عنه بنفس الجواب السابق في قصة أسماء.

الدليل السابع:

عن عامر بن ربيعة أن امرأة تزوجت على نعلين فجيء بها إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال لها: (أرضيت من نفسك ومالك بنعلين؟ فقلت: نعم، فأجازه)[3].

(١) ينظر: صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/ ١٦٤.

(٢) ينظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٨.

(٣) أخرجه الترمذي حديث (١١١٣)، ،أحمد في المسند٣/ ٤٤٥، والبيهقي في السنن ٧/ ١٣٨.

قال الشوكاني معلقاً على هذا الحديث[1] : (فإنه يدل على أن المرأة قد صارت نفسها ومالها تحت حكم الزوج فضلاً عن مجرد أعمالها في بيته) .

ويمكن أن يعترض عليه بأمرين:

أحدهما : أن الحديث ضعيف، لايصح الاحتجاج به[2] .

الثاني : بأن هذا التوجيه للحديث لايصح، لأن المرأة حرة في مالها لايحق للزوج أن يتصرف به، إلا بإذنها كما ليس له من نفسها إلا ماكان محدداً شرعاً، وهو تمكينه من نفسها ولزومها بيتها إلا بإذنه[3] .

الدليل الثامن :

عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : (لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد؛ لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها)[4] .

قال الجوزجاني[5] : (هذه طاعته فيما لامنفعة فيه، فكيف بمؤنة معاشه؟) .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن النص مخرج على المبالغة، أي لكثرة حقوقه عليها، وعجزها عن القيام

(١) السيل الجرار ٢/ ٢٩٩ .

(٢) ينظر : بلوغ المرام ص : (٢١٦)، وميزان الاعتدال ٢/ ٣٥٤، وتحفة الأحوذي ٤/ ٢٥١ .

(٣) يقارن بما في صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/ ١٦٥ .

(٤) أخرجه الترمذي حديث (١١٥٩)، وأحمد في المسند (٤/ ٣٨١)، والحاكم (٢/ ١٨٧)، ، ابن عدي (٤/ ١٣٩٣٩)، وسنده صحيح بشواهده. (ينظر : إرواء الغليل ٧/ ٥٤ ومابعدها) .

(٥) المغني ١٠/ ٢٢٥ .

بشكرها، إذ السجود لايجوز لغير الله تعالى، ولاشك أن هذا دليل على عظم حق الزوج، لكنه مع ذلك محكوم بما شرع الله، وحدد من الحقوق للزوج وعليه، إذ ليس الأمر على إطلاقه[1] .

الدليل التاسع:

عن عمر بن الأحوص أن النبي - صلى الله عليه وسلم - قال: (اتقوا الله في النساء، فإنهن عَوانٍ عندكم)[2] .

وجه الدلالة :

أن النبي صلى الله عليه وسلم سمى المرأة عند الزوج عاني، والعاني : هو الأسير، ومرتبة الأسير خدمة من هو تحت يده، ولاريب أن النكاح نوع من الرق [3] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن النبي - صلى الله عليه وسلم - جعل المرأة تحت زوجها كالأسير باعتبار أنها تحت حكمه بما شرع الله، لا أنه يتصرف بها تصرف السيد بالأسير، حيث إن ذلك غير مراد قطعاً، وإنما المعنى أن المرأة كأسير في ارتباطها بزوجها، وكونها تحت حكمه بالمعروف، ومما يؤكد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم في نفس الحديث : (ألا

---

(١) يقارن بما في تحفة الأحوذي ٤/ ٣٢٣.

(٢) أخرجه الترمذي حديث (١١٦٣)، وابن ماجة (١٨٥١)، وقال الترمذي: (حديث حسن صحيح)، وله شاهد عند أحمد في المسند ٥/ ٧٢-٧٣.

(٣) ينظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٩.

واستوصوا بالنساء خيراً فإنما هن عوان عندكم، لاتملكون منهن شيئاً غير ذلك، إلا أن يأتين بفاحشة مبينة، إلى أن قال: ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن). وللمخالف أن يقول: إن من الإحسان في الاطعام الإخدام لها.

الدليل العاشر:

أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يأمر نساءه بخدمته كقوله صلى الله عليه وسلم: (ياعائشة أطعمينا . . ياعائشة أسقينا)[1]، وقوله في الحديث الآخر: (هَلُمِّي المدية [2]واشْحَذِيها[3] بحجر)[4].

وجه الدلالة:

أن هذا أمر صريح لعائشة - رضي الله عنها - بخدمته، وهذا دليل على أن للزوج على زوجته الخدمة.

الدليل الحادي عشر:

عن سهل قال: (لما عَرَّس أبو أسيد الساعدي، دعا النبي -صلى الله عليه وسلم- وأصحابه، فما صنع لهم طعاماً، ولاقربه لهم، إلا امرأته أم أسيد، بلت تمرات في تَوْر[5] من حجارة من الليل، فلما فرغ النبي صلى الله عليه وسلم من

(١) أخرجه أحمد في المسند ٥/ ٤٢٦.

(٢) المدية هي السكين والشفرة. (النهاية في غريب الحديث ٤/ ٣١٠).

(٣) يقال شحذت السيف والسكين إذا حددته بالمسن وغيره مما يخرج حده. (النهاية في غريب الحديث ٢/ ٤٤٩).

(٤) أخرجه مسلم حديث (١٩٦٧).

(٥) هو إناء من صُفْر أو حجارة. (النهاية في غريب الحديث ١/ ١٩٦).

الطعام أَمَاثَتْه له[1] فسقته تُتْحِفُه بذلك)[2] .

وجه الدلالة:

أن أم أسيد هي التي خدمت زوجها وضيوفه، فدل على أن الخدمة عليها[3] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن عمل أم أسيد هنا بمناسبة العرس، وهي من المناسبات التي غالباً مايشارك فيها الجميع بالعمل والخدمة للمدعوين عرفاً ومروءة.

الدليل الثاني عشر:

أن العقود المطلقة إنما تنزل على العرف والعرف خدمة المرأة وقيامها بمصالح البيت الداخلية[4] . وهذا معروف عند السلف والخلف، إذ لاريب أن نساء الصحابة في أيامه صلى الله عليه وسلم كن يقمن بعمل البيوت وإصلاح المعيشة، بل كان نساؤه صلى الله عليه وسلم كذلك، ووردت هذه الشريعة بتقرير ذلك، ولو كان غير جائز لأنكره صلى الله عليه وسلم، لأنه إتعاب لهن، وإتعاب النفس المعصومة بعصمة الإسلام غير جائز[5] .

---

(١) أي مرسته بيدها. (فتح الباري ٩/ ١٦٠).

(٢) أخرجه البخاري حديث (٥١٨٢).

(٣) ينظر: فتح الباري ٩/ ١٦١.

(٤) ينظر: زاد المعاد ٥/ ١٨٨.

(٥) ينظر: السيل الجرار ٢/ ٢٩٩.

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن خدمة المرأة لزوجها من المعروف، والمروءات التي أطبق عليها الناس، لكن ذلك على سبيل التبرع، وحسن العشرة، لاعلى سبيل الإيجاب واللزوم[1].

الدليل الثالث عشر:

قياس الزوجة على الصاحب في السفر، حيث إن المسافر إذا لم يعاونه صاحبه على مصلحته لم يكن معاشراً له بالمعروف، فالزوجة من باب أولى، حيث إنها هي الصاحبة في المسكن[2].

ويمكن أن يعترض عليه:

بعكس الدليل على المستدل، فللمخالف أن يقول: إذا ألزمنا المرأة بالخدمة، وكلفناها العمل في بيت زوجها على سبيل الإيجاب، فليس هذا من المعاشرة بالمعروف، والله قد أمر بذلك فقال: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾[3].

الراجح:

بعد طول تأمل ونظر في الأدلة، يظهر لي رجحان القول الثالث، وهو أن الخدمة واجبة على المرأة لزوجها، وذلك لما يأتي:

أولاً: أن أدلة هذا القول رغم الاعتراضات الواردة عليها، أو على أكثرها، تبقى

(١) يقارن بما في صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/ ١٦٤.

(٢) ينظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤/ ٩٠.

(٣) سورة النساء، من الآية: (١٩).

هي الأقوى بالنسبة للقولين الآخرين .

ثانياً: موافقة ذلك للعرف السائد قديماً وحديثاً، والشرع إنما جاء بإقرار هذا العرف ، قال أبو زهرة[1] ، (ليس من الشرع الإسلامي في شيء من يقول إن المرأة ليست عليها خدمة في بيتها ، أو القيام على شؤونه ، وطهي طعامها ، وهو بعيد عن الإسلام بعده عن المألوف المعروف)

ثالثاً: أن هذا هو الأنسب لطبيعة وفطرة كل من الرجل والمرأة، والشرع إنما جاء بموجب الفطرة لابما يخالفها .

رابعاً: أن القول بوجوب إخدام المرأة فيه مفاسد في هذا الزمن، لاسيما بانقراض العبيد والإماء، مما يتوجب جلب أجنبي أو أجنبية وإدخاله البيت بما فيه من العورات، وربما خلا رب البيت بالخادمة الأجنبية، أو خلا الخادم بربة البيت أو بناتها، وهذا شيء شاهدناه وعاصرناه في هذا الزمان، وانطوى على مفاسد وخيمة، توشك أن تعصف ببعض المجتمعات المترفة، فلاحول ولاقوة إلا بالله .

خامساً: أن إخدام المرأة وإعفاءها من العمل في بيتها يترتب عليها مفاسد صحية ونفسيه، فتترهل المرأة، وتتعود الكسل والخمول، وتستسلم للفراغ القاتل وهي في قلب بيتها .

(١) الأحوال الشخصية، ص: (١٦٧).

سادساً: أن إلزام الرجل بإخدام زوجته فيه عبء إضافي على كاهل الزوج، الذي غالباً مايكون في حالة مادية لاتؤهله إلى توفير هذه الكماليات، مما يجعلنا نفتح عقبة جديدة في وجه الزواج، الذي هو السبيل الوحيد السليم للتكاثر.

سابعاً: أن الحياة بين الزوجين لايمكن - في الغالب - أن تستقيم بغير هذا، قال ابن قدامة[1]: (الأولى لها فعل ماجرت العادة بقيامها به، لأنه العادة، ولاتصلح الحال إلا به، ولاتنتظم المعيشة بدونه)، وعلى هذا القول مشى كثير من المتأخرين كالشيخ ابن سعدي[2]، ومحمد رشيد رضا[3]، وأبي زهرة[4]، وأبي الأعلى المودودي[5]، وعليه الفتوى في البلاد السعودية[6]، والله أعلم.

---

(١) المغني ١٠/٢٢٦.

(٢) ينظر: المجموعة الكاملة لمؤلفات ابن سعدي ٢/ ٥٤٥.

(٣) ينظر: حقوق النساء في الإسلامي ص: (٣٧).

(٤) ينظر: الأحوال الشخصية ص: (١٦٧).

(٥) ينظر: مبادىء الإسلام ص: (١٤٣-١٤٤).

(٦) ينظر: شرح رياض الصالحين للشيخ ابن عثيمين ٥/ ١٧٣، وتنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات للفوزان ص: (١٤٢-١٤٣)، وفتاوي المرأة للشيخ ابن جبرين، وآخرين ص(١١١).

المبحث الثاني

حكم إخدام الرجل المعسر لزوجته

تقدم خلاف الفقهاء في إخدام الرجل لزوجته إذا كان موسراً ، وأما إذا كان الزوج معسراً فقد اختلف الفقهاء القائلون بلزوم إخدام الزوجه في هذه الحال على ثلاثة أقوال :

القول الأول:

لاتجب عليه الخدمة، وهو المذهب عند الحنفية[1]، ومذهب المالكية[2]، وقول عند الشافعية[3] .

أدلة القول الأول :

استدل أصحاب هذا القول على عدم لزوم الإخدام حال إعسار الزوج وعدم قدرته بما يأتي :

الدليل الأول والثاني:

قصة فاطمة وعلي - رضي الله عنهما - عندما طلبا من النبي صلى الله عليه وسلم خادماً، وكذا قصة أسماء بنت أبي بكر مع زوجها الزبير، وقد سبق ذكر الخبرين في أدلة المسألة الأولى، ووجه ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يقض

---

(١) ينظر: الهداية ٤/ ٢٠١، وحاشية ابن عابدين ٣/ ٥٨٨ .

(٢) ينظر: الخرشي على خليل ٤/ ١٨٦، وحاشية الدسوقي ٢/ ٥١٠ .

(٣) ينظر: روضة الطالبين ٩/ ٤٤ .

لهما بخادم، بحكم أن كلاً من علي والزبير - رضي الله عنهما - لا يستطيعان توفير خادم لقلة ذات اليد[1] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن كلاً من فاطمة وأسماء لم يلزما علياً والزبير بطلب خادم، وماطلبا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يقضي لهما بذلك، وليس في الخبرين مايدل على أنه قضى عليهما بالخدمة، بل تركهما على ماتعارفا عليه من المعروف والمروءة وحسن العشرة[2] .

الدليل الثالث:

أن الخدمة جارية على المعتاد من الأحوال، واعتبار حال الزوج في ذلك أولى، لأن المنزل له، والحال جارية على قدره[3] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن إخدام الزوج لزوجته حق من الحقوق الثابتة مقابل منفعة، وهو حبس المرأة بالعقد؛ للاستمتاع بها، فيجب أن يتحمله الزوج كما يتحمل الرجل نفقتها ولو كان معسراً.

---

(١) ينظر: فتح الباري ٩/ ٢٣٥, ٤١٧ .

(٢) يقارن بما في صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/ ١١٤ .

(٣) ينظر: المنتقى للباجي ٤/ ١٣١ .

القول الثاني:

تجب عليه الخدمة، وهو قول عند الشافعية[١]، والمذهب عند الحنابلة[٢].

دليل القول الثاني:

استدل أصحاب هذا القول على وجوب الاخدام للزوجة حال الإعسار، بأن هذا من جملة المؤن والنفقة الواجبه للزوجة، وقد وجبت النفقة للمرأة على زوجها على سبيل العوض، فيجب أن تلزمه ولو كان معسراً كسائر النفقة[٣].

القول الثالث:

أن المرأة إن كان لها خادم وجب على الزوج مؤنته ولو كان معسراً، وإن لم يكن لها خادم لم يلزمه أن يوفر لها ذلك، وهو قول بعض الحنفية[٤]، وبعض الشافعية[٥].

دليل القول الثالث:

استدل أصحاب هذا القول على هذا التفريق بأن المرأة إذا كان لها خادم دل على أنها لاتكتفي بخدمة نفسها فوجب على الرجل تحمله ولو كان معسراً، وإن لم يكن لها خادم لم يلزمه توفيره، لأن هذا دليل على أنها يمكن أن تكتفي بخدمة نفسها، وإنما

---

(١) ينظر: روضة الطالبين ٩/ ٤٤.

(٢) ينظر: المغني ١١/ ٣٦٨، وكشاف القناع ٥/ ٤٧٨.

(٣) ينظر المغني ١١/ ٣٦٨، وكشاف القناع ٥/ ٤٧٨.

(٤) ينظر: فتح القدير ٤/ ٢٠١.

(٥) ينظر: شرح روض الطالب ٣/ ٤٤٠.

الخادم لزيادة التنعم، فلايلزمه إلا في حالة اليسار[1] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن هذا حق لزم في مقابل عوض، فيجب الوفاء به معسراً أو موسراً ، ولو أن يبقى في الذمة .

الراجح:

يظهر لي في هذه المسألة رجحان القول الأول، وذلك بناء على أن الراجح في أصل المسألة عدم وجوب إخدام الزوجة، ولو كان الرجل موسراً، فكيف يلزم بالإخدام مع إعساره، أو يطالب أن يقوم في الخدمة بنفسه، وفي هذا امتهان له، وإحراج لزوجته، والله أعلم .

المبحث الثالث

إخدام الزوجة بأكثر من خادم

تقدم خلاف الفقهاء في لزوم إخدام الزوجة، سواء كان الرجل موسراً أو معسراً، ثم اختلفوا في حال وجوب الإخدام، هل يكتفى بخادم واحد أو يلزم الزوج بأكثر من خادم إذا احتاجت إلى ذلك؟ على قولين :

(١) ينظر: فتح القدير ٤/ ٢٠١ .

القول الأول:

لايلزمه أكثر من خادم وهو المذهب عند الحنفية[1]، ومذهب الشافعية[2]، والحنابلة[3]، وقول بعض المالكية[4] .

دليل القول الأول :

أن المستحق لها خدمتها، وذلك يحصل بواحد، فلم يجب غير ذلك[5] .

ويمكن أن يعترض عليه:

بأن خدمة المرأة قد لاتتم بواحد، لأن حاجة النساء تختلف .

القول الثاني:

يلزمه لها أكثر من خادم إذا احتاجت إلى ذلك، وهو المذهب عند المالكية[6]، وقول أبي يوسف من الحنفية[7] .

---

(١) ينظر: الهداية ٤/ ٢٠٠، فتح القدير ٤/ ٢٠١.

(٢) ينظر: المجموع ١٨/٢٥٩.

(٣) ينظر: المغني ١١/ ٣٥٥، وكشاف القناع ٥/ ٤٦٤.

(٤) ينظر: حاشية الدسوقي ٢/ ٥١٠.

(٥) ينظر: المغني ١١/ ٣٥٥.

(٦) ينظر: الشرح الكبير ٢/ ٥١٠، وحاشية الدسوقي ٥/ ٥١٠.

(٧) ينظر: فتح القدير ٤/ ٢٠١.

دليل القول الثاني:

أن الخادم الواحد قد لايكفي بعض النساء، بسبب وضعها ومكانتها، والمقصود تحقيق الخدمة، فإذا لم تتم بواحد وجب مايسقط به الواجب، ثم إن الخادمين يكون أحدهما للخدمة داخل المنزل، والآخر للخدمة خارجه[1].

ويمكن أن يعترض عليه:

بأنه مامن امرأة إلا ويكفيها خادم واحد[2]، ثم إنه يكفي للخدمة داخل البيت وخارجه[3].

الراجح:

يظهر لي أنه على القول بوجوب الخدمة للزوجة أن الواجب تحققها بخادم واحد أو أكثر فما حقق المراد فهو المسقط لما في الذمة، ولاشك أن الأسر والبيوت تختلف باختلاف أوضاعها الاجتماعية، والمالية، فقد يكفي أسرة خادم واحد، وأسرة قد لايكفيها خادمان، والله أعلم.

---

(١) ينظر: الهداية ٤/ ٢٠١.

(٢) يقارن بما في المجموع ١٨/ ٢٦٠.

(٣) يقارن بما في الهداية ٤/ ٢٠١.

الخاتمة

وبعد فإني أحمد الله تعالى أن منّ علي ببحث هذه المسألة (حكم إخدام الزوجة في الفقه الإسلامي) وقد توصلت فيها إلى مايأتي :

أولاً : لايجب على الزوج الموسر إخدام زوجته، بل الظاهر من الأدلة النقلية والعقلية، والنظر الصحيح، أن العكس هو الصحيح، لكن يستحب أن يكون الرجل كريماً فيساعد أهله في شؤون بيتهم، لأن ذلك من المعاشرة بالمعروف التي أمر الله تعالى بها، وهذه طريقة أفضل الخلق وسيد البريه محمد بن عبد الله صلى الله عليه وسلم.

ثانياً : إذا كان الزوج معسراً، فإن الراجح من باب أولى أنه لايجب عليه إخدام زوجته، بل في القول بهذا معالجة ضرر بضرر، والله لايكلف نفساً إلا وسعها.

ثالثاً : على القول بوجوب الإخدام فإن الظاهر أنه لايتعلق بعدد الخدم، وإنما الأمر متعلق بوجود الخدمة للزوجة وتحققها، سواء كان ذلك متحققاً بخادم واحد أو أكثر، وذلك نزولاً عند اختلاف أوضاع الناس حسب مكانتهم الاجتماعية والمادية.

رابعاً : وإنني أرى ختاماً أن يتق الله كل من الزوجين في أداء الحق الواجب عليه لصاحبه، وأن ينفردا بحل مشاكلهما بأنفسهما، بعيداً عن أطراف خارجية سواء كان ذلك من الأهل، أو القضاء، لأن ذلك أدعى لدوام

المودة والمحبة بينهما ، فإن عجزا عن ذلك لعمق الخلاف أو عدم القدرة على حل مشاكلهما ، فإن آخر العلاج الكي وعندها لامناص من اللجوء إلى طرف ثالث كما أرشد إلى ذلك القرآن الكريم .

المراجع

١- أحكام القرآن. لأبي بكر محمد بن عبد الله المعروف بـ(ابن العربي)، ٤٦٨-٥٤٣هـ، تحقيق/ علي محمد البجادي، ط/ دار الجيل، بيروت، لبنان، ١٤٠٨هـ-١٩٨٨م.

٢- الأحوال الشخصية. للعلامة محمد أبو زهرة/ ط دار الفكر العربي، القاهرة ط/ ٢

٣- إراوء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل. للشيخ/ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ط/ ١، ١٣٩٩-١٩٧٩م، أشرف على طبعه/ زهير الشاويش.

٤- أسنى المطالب شرح روض الطالب. للعلامة أبي يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، ٨٢٦-٩٢٦هـ، الناشر/ المكتبة الإسلامية.

٥- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد. للعلامة/ علاء الدين أبي الحسن علي بن سليمان المرداوي الحنبلي، ٨١٧-٨٨٥هـ، تحقيق/ الشيخ محمد حامد الفقي، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ط/ ٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٦- بلوغ المرام من أدلة الأحكام. للحافظ/ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ت ٨٥٢هـ، تصحيح وتعليق/ محمد حامد الفقي. ط/ مؤسسة الكتب الثقافية، ط/ ١، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

٧- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي. للحافظ/ محمد بن عبد الرحمن بن عبد

الرحيم المباركفوري، ١٢٨٣-١٣٥٣هـ، مطبعة المعرفة، ط/٢، ١٣٨٥-١٩٦٥م.

٨- تفسير القرآن العظيم. للحافظ/ أبي الفداء إسماعيل بن كثير القرشي، ٧٠٠-٧٧٤هـ، تحقيق/ عبد العزيز غنيم، ومحمد أحمد عاشور، ومحمد إبراهيم البنا. ط/ الشعب، مصر.

٩- التلخيص. للحافظ/ محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٦٧٣-٧٤٨هـ، المطبوع بهامش المستدرك، ط/ دار المعرفة، بيروت، لبنان.

١٠- تنبيهات على أحكام تختص بالمؤمنات. للدكتور/ صالح بن فوزان الفوزان عضو الإفتاء ، وعضو هيئة كبار العلماء بالسعودية . ط/ دار الصميعي- الرياض ط/ ١ .

١١-الجامع الصحيح المسند من حديث الرسول (وسننه وأيامه. للحافظ/ أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، ٤٩١-٦٥٢هـ، تصحيح وتحقيق/ محب الدين الخطيب، ترقيم/ محمد فؤاد عبد الباقي، نشر وإخراج/ قصي محب الدين الخطيب، المطبعة السلفية، القاهرة، ط/١، ١٤٠٠هـ-١٩٨٠م.

١٢-الجامع لأحكام القرآن. للعلامة/ أبي عبد الله أحمد الأنصاري القرطبي، ت ٦٧١هـ، ط/ دار الفكر.

١٣-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. للعلامة/ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، ت ١٢٣٠هـ، ط/ دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

١٤-حاشية رد المحتار المعروفة بحاشية ابن عابدين. للمحقق/ محمد أمين الشهير بـ (ابن عابدين)، ت١٢٥٢هـ، على رد المختار شرح تنوير الأمصار في فقه الإمام أبي

حنيفة، ط/ دار الفكر، ط/٢، ١٣٨٦هـ-١٩٦٦م.

١٥-حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع. للعلامة/ عبد الحمن بن محمد بن قاسم النجدي الحنبلي، ١٣١٢-١٣٩٢هـ، مطبعة بساط، بيروت، لبنان، ط/٢، ١٤٠٣هـ.

١٦-الخرشي على مختصر سيدي خليل. لأبي عبد الله محمد بن عبد الله بن علي الخرشي، ١٠١٠-١١٠١هـ، ط/ دار صادر، بيروت، لبنان.

١٧ حقوق النساء في الإسلام . للشيخ/ محمد رشيد رضا ، تعليق الشيخ/ محمد ناصر الدين الألباني ط/ المكتب الإسلامي- بيروت .

١٨-روضة الطالبين. للعلامة الحافظ/ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي الدمشقي، ٦٣١-٦٧٦هـ، ط/ المكتب الإسلامي.

١٩-زاد المعاد في هدى خير العباد. لأبي عبد الله محمد بن أبي بكر بن القيم الجوزية، ٦٩١-٧٥١هـ، تحقيق/ شعيب الأرنؤوط، وعبد القادر الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، مكتبة المنار الإسلامية، ط/١، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٢٠-سلسلة الأحاديث الصحيحة وشيء من فقهها وفوائدها. للمحدث/ محمد ناصر الدين الألباني، ط/ المكتب الإسلامي، ط/١.

٢١- سنن أبي داود. للحافظ/ أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، ٢٠٢-٢٧٥هـ، تعليق/ عزت عبيد الدعاس، دار الحديث للطباعة والنشر والتوزيع، ط/١، ١٣٨٩-١٩٧٠م.

٢٢- سنن ابن ماجة. للحافظ/ أبي عبد الله محمد بن يزيد القزويني، ٢٠٧-٢٧٥هـ،

تقديم/ محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار الدعوة.
٢٣-سنن الترمذي. للحافظ/ أبي عيسى محمد بن عيسى بن سورة الترمذي، ٢٠٩-٢٧٩هـ، تقديم/ أحمد محمد شاكر، ط/ دار الدعوة.
٢٤-سنن الدارمي. للحافظ/ عبد الله بن عبد الرحمن الدارمي، ١٨١-٢٥٥هـ، تحقيق/ فؤاد أحمد زمولي، وخالد السبع العليمي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط/١، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٢٥-السنن الكبرى. للحافظ/ أبي بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، ت٤٥٨هـ، ط/ دار المعرفة، بيروت، لبنان.
٢٦-السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار. للعلامة/ محمد بن علي الشوكاني، ١١٧٣-١٢٥٠هـ، تحقيق/ محمود بن إبراهيم زايد، ط/ دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط/١، ١٤٠٥-١٩٨٥م، توزيع دار الباز، مكة المكرمة.
٢٧- شرح رياض الصالحين. للشيخ/ محمد بن صالح العثيمين عضو هيئة كبار العلماء في السعودية ط/ دار الوطن، الرياض ط/١.
٢٨-الشرح الكبير. لأبي البركات سيدي أحمد بن محمد الدردير، ١١٢٧-١٢٠١هـ، مطبوع بهامش حاشية الدسوقي، ط/ دار الفكر للطباعة والنشر.
٢٩-شرح النووي على صحيح مسلم. للعلامة/ محي الدين أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ٦٣١-٦٧٦هـ، ط/ دار الكتاب العربي، ١٤٠٧هـ-١٩٨٧م.
٣٠-صحيح الجامع الصغير وزياداته. للشيخ/ محمد ناصر الدين الألباني، المكتب الإسلامي، ط/٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٣١-صحيح مسلم. للحافظ/ أبي الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري، ٢٠٢-٢٦١هـ، تقديم وترقيم/ محمد فؤاد عبد الباقي، ط/ دار الدعوة.
٣٢- فتاوى المرأة . أجاب عليها الشيخ/عبدالله بن عبدالرحمن الجبرين عضو الإفتاء بالسعودية وآخرون ط / دار الوطن-الرياض .
٣٣- فتح الباري بشرح صحيح الإمام البخاري. للحافظ/ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، ٧٧٣-٨٥٢هـ، تحقيق/ محب الدين الخطيب، ترقيم/ محمد فؤاد عبد الباقي، راجعه وأشرف على طبعه/ قصي محب الدين الخطيب، دار الريان للتراث، المكتبة السلفية.
٣٤-فتح القدير. للعلامة/ كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد المعروف بابن الهمام، ت ٨٦١هـ، ط/ دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
٣٥-فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير. للعلامة/ محمد بن علي الشوكاني، ١١٧٢-١٢٥٠هـ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، بيروت، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.
٣٦-الفروع. للعلامة/ شمس الدين المقدسي أبي عبد الله محمد بن مفلح، ٧١٢-٧٦٣هـ، أشرف على الضبط والمراجعة الشيخ/ عبد اللطيف بن محمد السبكي. ط/ عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط/٣.
٣٧-كشاف القناع عن متن الإقناع. للعلامة/ منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، ١٠٠٠-١٠٥١هـ، ط/ عالم الكتب، بيروت.
٣٨-لسان العرب. للعلامة/ أبي الفضل جمال الدين محمد بن بكر بن منظور، الأفريقي

المصري، ٦٣٠-٧١١هـ. ط/ المكتبة التجارية عن دار صادر، مكة المكرمة، ط/١، -١٤١٠هـ-١٩٩٠م.

٣٩- مبادىء الإسلام . للشيخ أبو الأعلى المودودي ط/ دار الانصار ـ القاهرة ١٩٧٧م.

٤٠-المبدع في شرح المقنع . لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، ٨١٦-٨٨٤هـ، المكتب الإسلامي، ١٣٩٤هـ-١٩٧٤م.

٤١-المبسوط . للعلامة/ محمد بن أحمد أبي بكر شمس الأئمة السرخسي، قيل توفي في حدود ٤٩٠-٥٠٠هـ، ط/ دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤٠٦-١٩٨٦م.

٤٢-المجموع شرح المهذب. للعلامة/ أبي زكريا يحيى بن شرف النووي، ٦٣١-٧٦٦هـ، ط/ دار الفكر.

٤٣-مجموع فتاوى شيخ الاسلام ابن تيمية، ٦٦١-٧٢٨هـ. جمع وترتيب الشيخ/ عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصي الحنبلي، ١٣١٢-١٣٩٢هـ، ومساعده ابنه محمد. طبع إدارة المساحة العسكرية بالقاهرة ١٤٠٤هـ، وتنفيذ/ مكتبة النهضة الحديثة، مكة المكرمة، شارع الحرم، إشراف الرئاسة العامة لشئون الحرمين الشريفين.

٤٤-المحلى. للعلامة/ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، ت ٤٥٦هـ، تحقيق/ لجنة إحياء التراث العربي في دار الآفاق الجديدة، من منشورات دار الآفاق الجديدة، بيروت.

٤٥-المستدرك على الصحيحين. للحافظ/ أبي عبد الله الحاكم النيسابوري، ت ٤٠٥هـ، ط/ دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٤٦-مسند الإمام أحمد بن حنبل، ١٦٤-٢٤١هـ. تحقيق/ أحمد شاكر، ط،/ دار

الدعوة، والمحقق ط/ دار المعارف بمصر.

٤٧-معالم السنن. للحافظ/ أبي سليمان حمد بن محمد الخطابي، ت ٨٨٣هـ، ط/ المكتبة العلمية، بيروت، ط/٢، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

٤٨-المغني. لموفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، ٥٤١-٦٢٠هـ، تحقيق د/ عبد الله بن عبد المحسن التركي، و د/ عبد الفتاح بن محمد الحلو، هجر للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان، القاهرة، ط/٢، ١٤٠٦هـ-١٩٨٦م.

٤٩- المنتقى شرح موطأ الإمام مالك. للقاضي/ أبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الباجي الأندلسي، ٤٠٢-٤٩٤هـ. مطبعة السعادة، تصوير دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ط/١، ١٣٣١هـ.

٥٠-موسوعة أطراف الحديث النبوي. إعداد/ أبي هاجر محمد سعيد بن بسيوني زغلول. ط/ عالم التراث للنشر والتوزيع، ط/١، ١٤١٠هـ-١٩٨٩م.

٥١-ميزان الاعتدال في نقد الرجال. للعلامة/ أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، ٦٧٣-٧٤٨هـ. تحقيق/ علي بن محمد البجادي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان.

٥٢-نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج. لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الرملي الأنصاري الشهير بـ(الشافعي الصغير)، ت ١٠٠٤هـ. الناشر/ المكتبة الإسلامية.

٥٣-النهاية في غريب الحديث والأثر. للحافظ/ مجد الدين المبارك بن محمد الجزري

المعروف بـ(ابن الأثير)، ٥٤٤-٦٠٦هـ، تحقيق/ طاهر أحمد الزاوي، ومحمود أحمد الطناحي، ط/ دار الفكر.

٥٤-نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار. للعلامة/ محمد بن علي الشوكاني، ١١٧٢-١٢٥٠هـ، تحقيق/ طه عبد الرزاق سعد، ومصطفى الهواري، ط/ مكتبة الكليات الأزهرية.

٥٥-الهداية شرح بداية المبتدي. للعلامة/ علي بن عبد الجليل أبي بكر المرغياني، ت ٥٩٣هـ، المطبوع بأعلى فتح القدير، ط/ دار إحياء التراث.

The
Wife's Esteem in Islamic Jurisprudence

by

Abdul Rahman Bin Saleh Bin Mohammed Al-Ghfaily
Vice Dean, Teachers College at Al-Russ Government, Al-Qaseem

The researcher tackles a widely contraversial and conflicting issue. His research covers the wife's esteem by a wealthy husband, insolvent husband and the provision of more than one servant. The researc ends with subsequent conclusions.

The writer discussed each topic individually, quoting all relevant jurisprudents and relaters views compiling each party's evidences elabooated from Shari'a textual sources. He used his own "Ijti-had" in certain evidenceless cases and finally supports what he finds as predominant.



تصور وجود الإجماع وتحقيق مذهب الإمام أحمد في ذلك

إعداد

أحمد بن محمد العنقري *

* أستاذ مشارك بكلية الشريعة بالرياض- جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية.

المقدمـــة:

الحمد لله حمد الشاكرين، والصلاة والسلام على رسول الهدى ونبي الرحمة المبعوث إلى الخلق أجمعين، نبينا محمد وعلى آله وأصحابه الطيبين الطاهرين، ومن اقتدى بهم وسار على دربهم إلى يوم الدين.

أما بعد: فإن المستقر المعلوم أن الإجماع هو المصدر الثالث من مصادر التشريع، والأصل الذي يأتي الحديث عنه بعد الأصلين: الكتاب والسنة، فهو أحد أدلة الفقه الأربعة المتفق عليها - على ما يذكره أكثر العلماء - الكتاب، والسنة، والإجماع، والقياس.

وإن مما يثير الانتباه لدى الدارس مع علمه بهذا القول وأنه متفق عليه ما ينقل من الخلاف في تصور وجود هذا الدليل سواء أكان في إمكان تصورانعقاده، أم في إمكان العلم به وتحققه في الواقع.

بل إن مما يلفت النظر حقاً ما يتناقله بعض الأصوليين أن الإمام أحمد (رحمه الله) (ت ٢٤١ هـ) أنكر الإجماع، وبعضهم يعبر بلفظ أخف من ذلك فيقول: إنه روى عنه عبارة يفهم منها إنكاره للإجماع.

وقد وجدت حينئذ أن الحاجة ملحة لتجلية هذا الموضوع، وتخصيصه بالبحث:

- فهو يتعلق بأحد مصادر التشريع وبأصل من أصول الفقه الأربعة المتفق عليها - على ما يذكره أكثر الأصوليين - وتجلية ما يظهر أنه تناقض بين القول بأنه متفق عليه، والقول بأن في إمكان وقوعه وتصور وجوده خلافاً.

- ومن أجل أن نجيب - أيضاً - على التساؤلات التي تدور بين بعض طلبة العلم، وبخاصة في هذا العصر من أن الإجماع الذي يبحثه الأصوليون ويكثرون من إيراد الحجج العقلية وغيرها على إثباته أصلاً من أصول الشريعة لا يمكن أن يتصور وقوعه مع اتساع رقعة بلاد الإسلام وصعوبة التقاء من يسكن في شرقها مع من يسكن في غربها.

- وتحقيق قول الإمام أحمد (رحمه لله) في هذه المسألة مهم جداً ؛ إذ إن ما نقل عنه من رواية يدل ظاهرها على إنكار الإجماع تثير إشكالاً ؛ ولذلك قال أحد الباحثين: " مثل هذه الكلمة (يعني الرواية) من مثل الإمام أحمد قد تثير في ظاهر معناها إشكالاً خطيراً ضد المتمسكين بالإجماع لأنها إنكار للإجماع، وإن احتملت أن تكون إنكاراً لإمكانه أو إمكان العلم به أو نقله أو حجيته، فهي على كل حال تزلزل هذا الأصل من أصول الفقه وتجعل للمخالفين فيه سلطاناً مبيناً "[1].

-أما الدراسات السابقة في الموضوع، فهي تتنوع إلى ثلاثة أصناف:

الأول منها الكتب التي بحثت في أصول الفقه بعامة، كأصول الفقه للشيخ محمد الخضري (ت ١٣٤٥هـ)، وعلم أصول الفقه لعبدالوهاب خلاف (ت ١٣٧٥هـ)، وأصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة (ت ١٣٩٤هـ)،

---

(١) علي عبدالرزاق: الإجماع في الشريعة الإسلامية (١٦).

وأصول الفقه الإسلامي للدكتور زكي الدين شعبان[1] وغيرها، فهذه الكتب يدرس فيها مؤلفوها موضوع بحثنا ضمن الكلام عن الإجماع الذي هو أصل من أصول الفقه، ونجد أن هذا الموضوع لم يأخذ حقه من الاستيفاء والاستقصاء في هذه الكتب، إذ إنه واحد من موضوعات كثيرة يبحثها المؤلفون في هذا الباب.

وهذه الكتب يكون القول فيها من جهة عمومها وشمولها كالقول في مصادر علم أصول الفقه مثل العدة والتمهيد والمستصفى والإحكام والمحصول وغيرها؛ إذ الشأن في هذه المصادر أن تشمل جميع مسائل الأصول.

الثاني: الكتب التي بحثت باب الإجماع، ومنها: الإجماع في الشريعة الإسلامية لعلي عبدالرزاق (ت ١٣٨٦هـ)، والإجماع بين النظرية والتطبيق للدكتور أحمد حمد[2]، والإجماع - دراسة في فكرته من خلال تحقيق باب الإجماع لأبي بكر الجصاص (ت ٣٧٠هـ) - تحقيق ودراسة زهير شفيق كبي.

وهذه الكتب جاءت على مسائل الإجماع بعامة، ولم يكن من هَمّ المؤلفين لها الوقوف عند مسألتنا وحدها بحيث تأخذ حقها في الاستقصاء والتتبع ولذا وجدناهم يمرون عليها بإجمال.

الثالث: ما بحث في موضوع حجية الإجماع على وجه أخص، وفيه كتاب

(١) هو أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية (سابقاً) في كلية الحقوق، جامعة عين شمس بمصر.

(٢) أستاذ بجامعة قطر.

حجية الإجماع وموقف العلماء منها للدكتور محمد محمود فرغلي، وهو كتاب قيم عبارة عن رسالة دكتوراه قدمها إلى كلية الشريعة والقانون في جامعة الأزهر عام ١٩٣١هـ. وهذا الكتاب شامل لمباحث حجية الإجماع في بابه الأول، وجعل الباب الثاني في شروط الإجماع، والباب الثالث في أركان الإجماع وأقسامه وتحقيق مذهب الإمام الشافعي فيه وطرق نقل الإجماع وحكمه.

والباب الرابع في أمور تتعلق بالإجماع، وفيه بحث أنواع الإجماعات الخاصة المختلف فيها، وفي تعارض الإجماع مع غيره من الأدلة، وفي عدم نسخ الإجماع وإنتساخه.

وهذا الكتاب - كما قلت آنفاً - قيم في بابه إلا أن ما عرضته في البحث هنا يختلف عنه من حيث عرض الخلاف واستيفاء الأدلة والمناقشات، والعناية بتحقيق قول الإمام أحمد (رحمه الله) حيث قمت بنقل الروايات المنقولة عنه بنصوصها من مصادرها المختلفة، وجمعت أقوال الأصوليين فيها وتخريجاتهم لها وأوردت المناقشات التي يمكن أن ترد عليها ثم قمت بالترجيح ؛ وهو مالا تجده على هذا النحو في الكتاب الآنف الذكر.

ومن كتب هذا الصنف كتاب بعنوان: نظرة في الإجماع الأصولي للدكتور عمر سليمان الأشقر[1] ، وهو دراسة وضعها الباحث في خمسة فصول، الفصل الأول:

(١) عضو هيئة تدريس في كلية الشريعة- جامعة الكويت.

في تعريف الإجماع لغة واصطلاحاً والفصل الثاني في حجية الإجماع، والفصل الثالث: في حكم من خالف حكماً مجمعاً عليه، والفصل الرابع في أهمية الإجماع، والفصل الخامس في منزلة الإجماع ومرتبته.

وهذه الدراسة على ما جاء في عنوانها عبارة عن نظرة في الإجماع بصفة شاملة لهذه الفصول التي ذكرها ولم يكن من مقصوده بحث كل ما ذكره الأصوليون هنا واستيعابه ومناقشة كل دليل وإنما يورد تحقيقاً عاماً استفاده من دراساته للموضوع، ولم يأت على الروايات المنقولة عن الإمام أحمد وتحقيق القول في ذلك.

وإزاء ما عرضناه في الدراسات السابقة وما علمناه من أهمية للموضوع ومن أجل أن يتضح الجواب عن الإشكالات التي أشرنا إليها في هذا الأصل من أصول الفقه، ويزول - أيضاً - الاضطراب الذي يكتنف نسبة القول في هذا إلى الإمام أحمد (رحمه الله)؛ فإننا نجد - لذلك كله - أن إفراده بالبحث وإبرازه لطلاب العلم أمر ذو أهمية كبيرة.

خطة البحث:

هذا وقد جعلت البحث في مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة، أما المقدمة فقد بينت فيها أهمية الموضوع وأسباب البحث فيه والدراسات السابقة وخطة البحث ومنهجه.

وأما التمهيد فجعلته في مبحثين:

المبحث الأول : في تعريف الإجماع، وفيه مطلبان :

المطلب الأول: في تعريف الإجماع في اللغة.

المطلب الثاني: في تعريف الإجماع في الاصطلاح.

المبحث الثاني: في منزلة الإجماع بين مصادر التشريع.

الفصل الأول : في تصور انعقاد الإجماع وإمكان العلم به وفيه مبحثان :

المبحث الأول : في تصور انعقاد الإجماع، وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول : في تحرير محل النزاع.

المطلب الثاني : في بيان المذاهب في المسألة وتحقيق نسبتها.

المطلب الثالث : في أدلة المذاهب.

المطلب الرابع : في المناقشات الواردة على الأدلة والترجيح.

المبحث الثاني : في إمكان العلم بالإجماع وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : قي بيان المذاهب في المسألة ونسبتها.

المطلب الثاني : في أدلة المذاهب.

المطلب الثالث : قي المناقشات الواردة على الأدلة والترجيح.

وأما الفصل الثاني ففي تحقيق قول الإمام أحمد في الإجماع وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول : في نقل الأصوليين لقول الإمام أحمد.

المبحث الثاني : في الروايات المنقولة عن الإمام أحمد، وفيه مطلبان:

المطلب الأول : في الروايات الدالة على إثباته للإجماع.

المطلب الثاني : في الروايات التي ظاهرها إنكار الإجماع.

المبحث الثالث : في تخريج العلماء للروايات التي ظاهرها إنكار الإجماع.

المبحث الرابع : في مناقشة الاحتمالات التي تخرج عليها روايات الإنكار والترجيح في المسألة.

ثم جاءت الخاتمة وفيها أهم النتائج.

وأما منهج البحث فيتلخص فيما يأتي:

١- الاستقصاء والتتبع في جمع المادة العلمية.

٢- ذكرت في المسائل الخلافية المذاهب، ونسبتها إلى أصحابها، ثم ذكرت الأدلة، وأوردت المناقشات بعد ذلك مرتبة حسب ورود الأدلة، فالترجيح.

٣- حققت في نسبة المذاهب إلى أصحابها، وكنت احتاج أحياناً إلى نقل النص الذي يدل على القول من أجل إثباته.

٤- عزوت الآيات بذكر اسم السورة ورقم الآية.

٥- خرجت الأحاديث من مصادرها .

٦- ترجمت للأعلام الذين يحتاج إلى ترجمة لهم من غير المشهورين، أما العلماء المشهورون فاكتفيت بذكر سنة الوفاة بعد الاسم عند ورودهم لأول مرة .

هذا جهدي، وهو جهد مقل، أدعو الله (سبحانه وتعالى) أن يغفر لي ما وقع فيه من خطأ وزلل، فإن الإنسان محل للنقص والخطأ، والكمال لله وحده .

كما أدعوه (سبحانه) أن يجعل هذا العمل نافعاً متقبلاً، وأن يرزقنا الإخلاص في جميع أقوالنا وأعمالنا، والحمد لله رب العالمين .

التمهيد

في تعريف الإجماع ومنزلته بين مصادر التشريع

وفيه مبحثان:

المبحث الأول

في تعريف الإجماع

وفيه مطلبان:

المطلب الأول

في تعريف الإجماع في اللغة

وهو: الاتفاق [1]، يقال: أجمع القوم على كذا إذا اتفقوا، ويأتي بمعنى العزم على الشيء، يقال: أجمعت الأمر، وأجمعت على الأمر إجماعاً، إذا عزمت عليه [2].

ويقال: أجمع أمرك ولا تدعه منتشراً، والأمر مجمع.

يقول الله تعالى: " فأجمعوا أمركم وشركاءكم " [3].

---

(١) الفيروز أبادي: القاموس المحيط (٣/ ١٥).

(٢) انظر: الجوهري: الصحاح (٣/ ١١٩٩)، والفيروز أبادي: القاموس المحيط (٣/ ١٥).

(٣) سورة يونس، من الآية: ٧١.

والمعنى: اعزموا على أمركم الذي تريدون[1].

والإجماع جعل الأمر جميعاً بعد تفرقه[2].

يقول الشاعر:

أجمعوا أمرهم بليل فلما   أصبحوا أصبحت لهم ضوضاء[3]

وقال آخر:

يا ليت شعري والمنى لا تنفع   هل أغدون يوماً وأمري مجمع[4]

ويقال: فلاة مجمعة، أي يجتمع الناس فيها ولا يتفرقون خوف الضلال[5].

وأصل الكلمة - كما قال ابن فارس - يرجع إلى معنى واحد، قال: " الجيم والميم والعين أصل واحد يدل على تضام الشيء "[6].

ولذا نجد أن هذه المعاني التي ذكرناها تجتمع على هذا الأصل فالعزم يرجع إلى أنه اتفاق وتضام في الرأي والإرادة في فعل الشيء، وكذا قولهم إنه جعل الأمر جميعاً بعد تفرقه، واضح في أنه تضام للشيء واتفاق.

---

(١) انظر: البغوي: معالم التنزيل (٢/ ٣٦٢)، وأبا السعود: إرشاد العقل السليم إلى مزايا القرآن الكريم (٤/ ١٦٤).

(٢) انظر: الفيروز أبادي: القاموس المحيط (٣/ ١٥).

(٣) هذا البيت للحارث بن حلزة في معلقته، انظر: شرح القصائد للخطيب التبريزي (٣٨٠).

(٤) هذا البيت نقله الجوهري في الصحاح (٣/ ١١٩٩).

(٥) انظر: ابن فارس: مقاييس اللغة (١/ ٤٨٠)، والجوهري: الصحاح (٣/ ١١٩٩).

(٦) مقاييس اللغة (١/ ٤٨٠).

المطلب الثاني
في تعريف الإجماع في الاصطلاح

ذكر العلماء عبارات في تعريفه، تختلف بحسب القيود والشروط التي يراها المعرف.

ومن تلك التعريفات تعريف الفخر الرازي (ت ٦٠٦هـ) في كتابه المحصول، حيث قال: هو عبارة عن اتفاق أهل الحل والعقد من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من الأمور "[١].

ومنها تعريف ابن قدامة (ت ٦٢٠هـ) في كتابه روضة الناظر، الإجماع حيث قال: هو " اتفاق علماء العصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر من أمور الدين "[٢].

وقال الآمدي (ت ٦٣١هـ): " الإجماع، عبارة عن اتفاق جملة أهل الحل والعقد من أمة محمد في عصر من الأعصار على حكم واقعة من الوقائع "[٣].

(١) (ج٢ ق١/ ٢٠).
(٢) (٢/ ٤٣٩).
(٣) الإحكام في أصول الأحكام (١/ ١٨٦).

وعرفه تاج الدين بن السبكي (ت٧٧١هـ) أنه : " اتفاق مجتهدي الأمة بعد وفاة محمد صلى الله عليه وسلم في عصر على أي أمر كان "[١] .

وقال ابن الهمام الحنفي (ت ٨٦١هـ) في تعريفه : " اتفاق مجتهدي عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على أمر شرعي "[٢] .

ونجد أن هذه العبارات - كما قلنا - تختلف في قيودها ؛ فابن قدامة قيد الإجماع في أن يكون في أمر من أمور الدين - وكذا ابن الهمام - ، ولم يطلق ذلك في أي أمر ، لكنه أطلق تحديد زمنه ولم يقيده بما بعد وفاة الرسول صلى الله عليه وسلم .

ونجد أن بعضهم يعبر عن أهل الإجماع بأنهم المجتهدون وبعضهم يعبر بأنهم أهل الحل والعقد وآخرين يعبرون بأنهم العلماء .

والفخر الرازي أطلق تعريفه ولم يشر إلى أن الإجماع ينعقد في عصر من الأعصار .

والأولى أن يقال في تعريفه :

"هو اتفاق مجتهدي أمة محمد (صلى الله عليه وسلم) بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من أمور الدين " .

---

(١) جمع الجوامع ، مع شرح المحلي بحاشية البناني (٢/ ١٧٦) .

(٢) التحرير في أصول الفقه ، مع تيسسر التحرر (٣/ ٢٢٤) .

المبحث الثاني
في منزلة الإجماع بين مصادر التشريع

الإجماع أحد مصادر التشريع، وهو الدليل الثالث من أدلة الشرع ؛ حيث يأتي بعد الكتاب والسنة .

وعلى هذا مشى سلف الأمة وعلماؤها، وقد جاء في كتاب عمر بن الخطاب رضي الله عنه (ت ٢٣هـ) لقاضيه شريح (ت ٧٨هـ) : " أقض بما في كتاب الله، فإن لم تجد فبما سنه رسول الله فإن لم تجد فبما قضى به الصالحون قبلك، وفي رواية : بما أجمع عليه الناس "[1] .

وهنا قدم القضاء بالكتاب أولاً ثم السنة ثانياً، ثم يأتي الإجماع كما جاء في رواية. ويقول شيخ الإسلام ابن تيمية (ت ٧٢٨هـ) : " .... وعمر قدم الكتاب ثم السنة، وكذلك ابن مسعود (ت ٣٢ هـ) قال مثل ما قال عمر : قدم الكتاب ثم السنة ثم الإجماع، وكذلك ابن عباس (ت ٦٨ هـ) كان يفتي بما في الكتاب ثم بما في السنة ثم بسنة أبي بكر (ت ١٣ هـ) وعمر، لقوله " اقتدوا بالذين من بعدي أبي بكر وعمر "، وهذه الآثار ثابتة عن عمر وابن مسعود وابن عباس وهم من أشهر الصحابة بالفتيا والقضاء، وهذا هو الصواب "[2] .

---

(١) ابن تيمية : مجموع فتاوى شيخ الإسلام (١٩/ ٢٠٠).

(٢) ابن تيمية : مجموع فتاوى شيخ الإسلام (١٩/ ٢٠١).

وكذا كان الإمام الشافعي (رحمه الله تعالى) (ت ٢٠٤هـ) يقدم الكتاب أولاً ثم السنة ثم الإجماع، يقول في كتاب جماع العلم: " . . . لا يلزم قول بكل حال إلا بكتاب الله أو سنة رسوله (صلى الله عليه وسلم) وأن ما سواهما تبع لهما "[١]. ويقول في موضع آخر: " لا يسع أحداً من الحكام ولا من المفتين أن يفتي ولا يحكم إلا من جهة الإحاطة، والإحاطة كل علم أنه حق في الظاهر والباطن يشهد به على الله، وذلك الكتاب والسنة المجتمع عليها وكل ما اجتمع الناس ولم يفترقوا فيه فالحكم كله واحد يلزمنا أن لا نقبل منهم إلا ما قلنا "[٢].

وذكر في موضع آخر أيضاً: أن العلم من وجوه، وبين أن منها ما نقلته عامة عن عامة أشهد به على الله وعلى رسوله . . . وذكر هنا الاحتجاج بالكتاب والسنة.

ثم بين أن منها: ما اجتمع المسلمون عليه وحكوا عمن قبلهم الاجتماع عليه وإن لم يقولوا هذا بكتاب ولا سنة فقد يقوم عندي مقام السنة المجتمع عليها[٣].

وكذا كان الإمام أحمد يجعل الإجماع بعد الكتاب والسنة " ولم يكن يقدم على الحديث الصحيح عملاً ولا رأياً ولا قياساً ولا قول صاحب، ولا عدم علمه بالمخالف الذي يسميه كثير من الناس إجماعاً "[٤].

---

(١) الأم (٧/ ٢٥٠).

(٢) الأم (٧/ ٢٥٥).

(٣) المصدر نفسه (٧/ ٢٥٥).

(٤) ابن القيم: إعلام الموقعين (١/ ٣٠)، وابن بدران: الدخل إلى مذهب الإمام أحمد (١١٤).

وبين - أيضاً - ابن القيم (رحمه الله) (ت ٧٥١هـ) وهو يذكر الأصول التي بنيت عليها فتاوى الإمام أحمد حنبل : " إن نصوص رسول الله (صلى الله عليه وسلم) أجل عند الإمام أحمد وسائر أئمة الحديث من أن يقدموا عليها توهم إجماع مضمونه عدم العلم بالمخالف . . . "[١] .

وقد قرر شيخ الإسلام ابن تيمية أن السلف كانوا يقضون بالكتاب أولاً ثم إذا لم يجد ذلك طلبه في السنة والإجماع يأتي بعدهما ، وهو لا يعارض كتاباً ولا سنة[٢] .

وأنكر على طائفة من المتأخرين قالوا : يبدأ المجتهد بأن ينظر أولاً في الإجماع فإن وجده لم يلتفت إلى غيره ، وإن وجد نصاً خالفه اعتقد أنه منسوخ بنص لم يبلغه ، وقال بعضهم : الإجماع نسخه ، والصواب طريقة السلف[٣] . هذا وقد تتابع علماء أصول الفقه على عدّ الإجماع الدليل الثالث من أدلة التشريع ؛

يقول ابن قدامه : " الأصول أربعة كتاب الله تعالى ، وسنة رسوله (صلى الله عليه وسلم) ، والإجماع ، ودليل العقل المبقي على النفي الأصلي "[٤] .

ويقول ابن اللحام الحنبلي (ت ٨٠٣ هـ) : " الأدلة الشرعية : الكتاب والسنة ، والإجماع ، والقياس ؛ الأصل الكتاب والسنة مخبرة عن حكم الله ، والإجماع

(١) إعلام الموقعين (١/ ٣٠) ؛ وانظر أيضاً ابن بدران : المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل (١١٥) .
(٢) ابن تيمية : مجموع فتاوى شيخ الإسلام (١٩/ ٢٠٢) .
(٣) ابن تيمية : مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية (١٩/ ٢٠١) .
(٤) روضة الناظر وجنة المناظر (١/ ٢٦٤) .

مستند إليها والقياس مستنبط منهما "[1].

وقد أطلق كثير من العلماء أن الإجماع دليل قطعي، ومن هؤلاء القاضي أبويعلي[2] (ت ٤٥٨)، وأبو الخطاب[3] (ت ٥١٠ هـ)، وابن قدامة[4]، والصيرفي الشافعي[5] (ت ٣٣٠هـ)، والشيرازي (ت ٤٧٦هـ) في التبصرة[6]، وفي شرح اللمع[7]، وإمام الحرمين الجويني[8] (ت ٤٧٨هـ)، وابن برهان[9] (ت ٥١٨ هـ)، وابن الحاجب[10] (ت ٦٤٦هـ)، وعبدالعزيز البخاري (ت ٧٣٠ هـ)، ونسب القول به إلى عامة المسلمين، قال في كشف الأسرار: " والحاصل أن الإجماع حجة مقطوع بها عند عامة المسلمين "[11].

وذكر ابن النجار الفتوحي (ت ٩٧٢هـ) أن هذا المذهب هو " مذهب الأئمة الأعلام، منهم الأئمة الأربعة وأتباعهم وغيرهم من المتكلمين "[12].

---

(١) المختصر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل (٧٠).

(٢) العدة في أصول الفقه(٤/ ١٠٥٨).

(٣) التمهيد في أصول الفقه (٣/ ٢٢٤).

(٤) روضة الناظر (٢/ ٤٤١).

(٥) نقله عنه الزركشي في البحر المحيط (٤/ ٤٤٣).

(٦) (٣٤٩).

(٧) (٢/ ٦٦٥).

(٨) البرهان في أصول الفقه (١/ ٦٧٥).

(٩) الوصول إلى الأصول (٢/ ٧٢).

(١٠) مختصر المنتهى، مع شرح العضد، بحاشية التفتازاني(٢/ ٣٠).

(١١) كشف الأسرار (٣/ ٢٥٢).

(١٢) شرح الكوكب المنير (٢/ ٢١٤).

الفصل الأول

في تصور انعقاد الإجماع وإمكان العلم به

وفيه مبحثان :

المبحث الأول

في تصور انعقاد الإجماع

وفيه أربعة مطالب :

المطلب الأول

في تحرير محل النزاع

إمكان وجود الإجماع في الواقع وتصور انعقاده مختلف فيه بين العلماء، وقبل ذكر هذا الخلاف نحرر محل النزاع، ونخرج ما لا يدخل فيه أولاً، فنقول: " لا يدخل في محل النزاع الإجماع على حكم معلوم من الدين بالضرورة؛ إذ يتصور وجود هذا الإجماع، ولا خلاف فيه، وقد أشار إلى ذلك الفخر الرازي في المحصول[1] والآمدي في الإحكام[2]، وعبدالعزيز البخاري في كشف الأسرار[3] .

(١) (ج٢ق١/ ٢١).

(٢) (١/ ١٩٦).

(٣) (٣/ ٢٢٧).

المطلب الثاني
في بيان المذاهب في المسألة وتحقيق نسبتها

أما ما عدا ذلك من المسائل الشرعية، فقد اختلف في إمكان وجود الإجماع وتصوره فيها على مذهبين:

المذهب الأول: أن الإجماع ممكن عادة ومتصور وجوده. وهذا مذهب جمهور العلماء، ومنهم أبو إسحاق الشيرازي في اللمع [1] وشرحه [2] وفي التبصرة [3]، وإمام الحرمين [4]، وأبو المظفر السمعاني [5] (ت ٤٨٩هـ)، وابن برهان [6]، وأبو الحسين البصري (ت ٤٣٦هـ) في المعتمد [7]، والقاضي أبو يعلي [8]، وأبو الخطاب [9]، والغزالي (ت ٥٠٥هـ) في المستصفى [10]، والرازي في المحصول [11]، وابن قدامة [12]،

(١) (٤٨).

(٢) شرح اللمع (٢/ ٦٦٥-٦٦٦).

(٣) (٣٥٨).

(٤) البرهان في أصول الفقه (١/ ٦٧٠).

(٥) قواطع الأدلة (١/ ٤٦١).

(٦) الوصول إلى علم الأصول (٢/ ٦٧).

(٧) (٢/ ٤٥٧).

(٨) العدة في أصول الفقه (٤/ ١٠٨٩).

(٩) التمهيد في أصول الفقه (٣/ ٢٤٨).

(١٠) (١/ ١٧٣).

(١١) (ج٢ق١/ ٢١).

(١٢) روضة الناظر (٢/ ٤٤٠).

والآمـدي[1]، وابن الحـاجب[2]، والبيـضـاوي[3] (ت ٦٨٥ هـ)، وتاج الدين بن السبكي[4] والزركشي (ت٧٩٤هـ) في البحر المحيط[5].

المذهب الثاني: أن الإجماع غير ممكن عادة ولا يتصور وقوعه وهذا مذهب بعض النظامية[6]، وبعض الشيعة.

تحقيق في نسبة هذا المذهب:

وقد ذكر بعض الأصوليين أن هذا مذهب النظام ونسبه إليه ابن الحاجب في المنتهى[7] ومختصره[8] والبخاري في كشف الأسرار[9]، وابن الهمام في التحرير[10]،

(١) الإحكام في أصول الأحكام (١/ ١٩٦).

(٢) مختصر المنتهى، مع شرح العضد بحاشية التفتازاني (٢/ ٢٩).

(٣) منهاج الوصول إلى علم الأصول، مع شرحه نهاية السول (٣/ ٢٣٧).

(٤) جمع الجوامع، مع شرح المحلى، بحاشية البناني (٢/ ١٩٥).

(٥) (٤/ ٤٣٧-٤٣٨).

(٦) النظامية هم أتباع إبراهيم بن سيار بن هانيء البصري، أبي اسحاق النظام، من أئمة المعتزلة، يقول أصحابه: كان نظاماً للكلام المنثور والشعر الموزون، ويقول غيرهم: إنما كان ينظم الخرز في سوق البصرة. ودرس الفسلفة وتبحر بها، قال عبدالقاهر "وعاشر قوماً من الثنوية، وقوماً من السمنية...، وخالط بعد كبره قوماً من ملحدة الفلاسفة"، وانفرد بآراء خاصة تابعته فرقة من المعتزلة سميت بالنظامية. وتوفي سنة ٢٣١هـ.
انظر: عبد القاهر البغدادي: الفرق بين الفرق(١١٣)، والشهرستاني: الملل والنحل (١/ ٥٣)، وانظر أيضاً-: الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد (٦/ ٩٧)، الزركلي: الأعلام (١/ ٤٣).

(٧) (٥٢).

(٨) مختصر المنتهى، مع شرح العضد (٢/ ٢٩).

(٩) (٣/ ٢٢٧).

(١٠) التحرير، مع شرح التقرير والتحبير (٣/ ٨٢).

وابن النجار في شرح الكوكب المنير[1] ، والشوكاني (ت ١٢٥٥ هـ) في إرشاد الفحول[2] .

ولكن هذه النسبة تشكل إذا علمنا بأنه يرى أن الإجماع متصور وقوعه وليس بحجة ، كما نقله غير واحد ومنهم أبو إسحاق الشيرازي في شرح اللمع حيث قال : " أما الدليل على مَنْ سلَّم تصور انعقاده وإمكان معرفته وأنكر أن يكون حجة ، وهو النظام . . . "[3] .

وأشار تاج الدين بن السبكي في الإبهاج إلى ما نقله ابن الحاجب عنه ، قال : " ونقل ابن الحاجب أن النظام يحيل الإجماع وهو خلاف نقل الجمهور عنه ثم قال " وقد صرح الشيخ أبو إسحاق في شرح اللمع بأنه لا يحيله وهو أصح النقلين "[4] .

وقد ذكر ابن أمير الحاج (ت ٨٧٩ هـ) في التقرير والتحبير ، والأنصاري (ت١٢٢٥ هـ) في فواتح الرحموت أن نسبة هذا المذهب إلى النظام محل نظر ونقلا عن بعض العلماء أن الصحيح نسبته إلى بعض النظامية[5] .

وقد جاء في كتب الملل ما يدل على أن النظام يقول بإمكان الإجماع غير أنه لا يراه

---

(١) (٢/ ٢١٣).

(٢) (٧٢).

(٣) (٢/ ٦٦٨).

(٤) الإبهاج (٢/ ٣٩٣).

(٥) التقرير والتحبير (٣/ ٨٢)، وفواتح الرحموت (٢/ ٢١١).

حجة، ففي كتاب الفرق بين الفرق:

"أن من فضائحه (يعني النظام) تجويز إجماع الأمة في كل عصر وفي جميع الأعصار على الخطأ من جهة الرأي والاستدلال، يلزمه على هذا الأصل أن لا يثق بشيء مما اجتمعت الأمة عليه لجواز خطئهم فيه عنده"[1].

وفي كتاب الملل والنحل يذكر قوله في الإجماع إنه ليس بحجة في الشرع وكذلك القياس في الأحكام الشرعية لا يجوز أن يكون حجة، وإنما الحجة في قول الإمام المعصوم"[2].

أما نسبته إلى بعض الشيعة فقال بها عضد الدين في شرحه لمختصر المنتهى[3]، وابن الهمام في التحرير[4] والشوكاني في إرشاد الفحول[5].

وبعضهم قال إنهم بعض الرافضة - والرافضة من الشيعة[6] - وممن ذكر هذه

(١) الفرق بين الفرق لعبدالقاهر البغدادي (١٢٩).

(٢) الملل والنحل للشهرستاني (١/ ٥٧).

(٣) شرح المختصر، مع حاشية التفتازاني (٢/ ٢٩).

(٤) التحرير، مع شرحه التقرير والتحبير (٣/ ٨٢).

(٥) (٧٢).

(٦) الشيعة هم الذين شايعوا علياً (رضي الله عنه) وقدموه على سائر أصحاب رسول الله (صلى الله عليه وسلم). وقد جعلهم أبو الحسن الأشعري في كتابه مقالات الإسلاميين ثلاثة أصناف الغالية، والرافضة، والزيدية. فالرافضة صنف من الشيعة، وإنما سموا رافضة لرفضهم إمامة أبي بكر وعمر وهم مجمعون على أن النبي صلى الله عليه وسلم نص على استخلاف علي بن أبي طالب باسمه وأظهر ذلك وأعلنه، وأن أكثر=

النسبة بهذا اللفظ ابن الحاجب[1]، والبخاري[2]، وابن النجار[3].

المطلب الثالث

في أدلة المذاهب

أدلة المذهب الأول:

١- أنه لا يلزم من فرض وقوعه محال لذاته، وما لا يلزم عليه ذلك فهو متصور وجائز عقلاً[4].

٢- أن الإجماع قد وقع، والوقوع يستلزم الجواز. وقد وقع الإجماع على الصلوات الخمس وأركان الإسلام الخمسة وأحكام شرعية أخرى[5].

= الصحابة ضلوا بتركهم الاقتداء به بعد وفاة النبي (صلى الله عليه وسلم) وإن الإمامة لاتكون إلا بنص وتوقيف وأنه جائز للإمام في حال التقية أن يقول إنه ليس بإمام، وصنيع عبدالقاهر البغدادي في كتابه الفرق يختلف عن هذا إذ ذكر مقالات فرق الرفض وأدخل تحتها فرق الشيعة جميعاً. وكذا الشهرستاني لم يفرد الرافضة بفرقة خاصة.

وانظر: أبا الحسن الأشعري: مقالات الإسلاميين واختلاف المصلين (٥، ١٦) والبغدادي: الفرق (٢٢) والشهرستاني: الملل والنحل (١/١٤٦).

(١) مختصر المنتهى، مع شرح العضد بحاشية التفتازاني (٢/٢٩).

(٢) كشف الأسرار (٣/٢٢٧).

(٣) شرح الكوكب المنير (٢/٢١٣).

(٤) انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة (٣/٧).

(٥) انظر: الطوفي: شرح مختصر الروضة (٣/٧)، والأمدي: الإحكام (١/١٩٧)، وابن قدامة: روضة الناظر (٢/٤٤٠)، والبخاري: كشف الأسرار (٣/٢٢٧).

٣- إن دواعي الأمة إلى الاتفاق في المسائل الشرعية متوافقة، فالكل متعبد باتباع النصوص والأدلة القاطعة ومعرض للعقاب بمخالفتها ؛ فكما أنه لا يمتنع اجتماعهم على الأكل والشرب لتوافق الدواعي فكذلك على اتباع الحق واتقاء النار[١].

أدلة المذهب الثاني:

١- إن الإجماع إما أن يكون عن دليل قاطع لا يحتمل التأويل أو عن دليل ظني وفي كلا الأمرين لا يتصور انعقاد الإجماع عنهما ؛ أما الأول وهو أن يكون عن دليل قاطع فهذا لا يتصور فيه الإجماع لأن العادة تحيل ذلك ؛ إذ كيف يكون قاطعاً ويتواطأ الجمع الكثير على إخفائه، وحيث لم ينقل دل على عدمه ؛ بل إنه لو نقل الدليل القاطع لكفى عن الإجماع.

٢- وأما الثاني وهو أن يكون عن دليل ظني فلا يتصور أيضاً ؛ لأن الناس مع كثرتهم واختلاف أذهانهم ودواعيهم في الاعتراف بالحق أو عدمه تحيل العادة اتفاقهم على الحكم الواحد، كما أنها تحيل اتفاقهم على أكل طعام واحد معين في يوم واحد[٢].

---

(١) انظر الغزالي: المستصفى (١/ ١٧٣)، والشيرازي شرح اللمع (٢/ ٦٦٦)، وابن قدامة: روضة الناظر وجنة المناظر (٢/ ٤٤٠).

(٢) انظر: الآمدي: الإحكام (١/ ١٩٦-١٩٧)، وابن الحاجب: مختصر المنتهى مع شرح العضد حاشية التفتازاني (٢/ ٢٩)، وعضد الدين: شرح مختصر المنتهى (٢/ ٢٩)، والإسنوي: نهاية السول (٣/ ٢٤٢)، وابن الهمام: التحرير، مع التقرير(٣/ ٨٢)، والبخاري: كشف الأسرار (٣/ ٢٢٧)، وابن عبدالشكور: =

والفخر الرازي هنا لم يفصل الدليل على هذا النحو ؛ بل ذكره بقوله : " من الناس من زعم أن اتفاقهم على الحكم الواحد الذي لا يكون معلوماً بالضرورة محال كما أن اتفاقهم في الساعة الواحدة على المأكول الواحد والتكلم بالكلمة الواحدة محال "[1] .

وربما قال بعضهم : كما أن اختلاف العلماء في الضروريات محال فكذا اتفاقهم في النظريات محال[2] .

٣- إن انتشارهم في الأقطار يمنع نقل الحكم إليهم عادة[3] ، وقال الشوكاني : " إن اتفاقهم فرع تساويهم في نقل الحكم إليهم ، وانتشارهم في الأقطار يمنع نقل الحكم إليهم "[4] .

= مسلم الثبوت (٢/ ٢١١- ٢١٢) ، والشوكاني : إرشاد الفحول (٧٢) . وأشار إمام الحرمين إلى اختلاف الفطن والقرائح البرهان(١/ ٦٧١) .

(١) المحصول (ج٢ ق١/ ٢١-٢٢) .

(٢) انظر : البيضاوي : المنهاج ، مع نهاية السول (٣/ ٢٣٧) وابن السبكي : الإبهاج (٢/ ٣٩١) ، والمحلى : شرح جمع الجوامع بحاشية البناني (٢/ ١٩٥) ، والزركشي : البحر المحيط (٤/ ٤٣٧) ، والهندي : النهاية (٦/ ٢٤٣٠) ، والشوكاني : إرشاد الفحول (٧٢) .

(٣) انظر : ابن عبدالشكور : مسلم الثبوت (٢/ ٢١١) ، وانظر نحوه عند إمام الحرمين : البرهان (١/ ٦٧١) .

(٤) إرشاد الفحول (٧٢) ، وانظر نحوه : البخاري : كشف الأسرار (٣/ ٢٢٧) .

المطلب الرابع
في المناقشات الواردة على الأدلة والترجيح

مناقشة أدلة المذهب الثاني:

أما الدليل الأول (وهو قولهم إن الإجماع إما أن يكون عن دليل قاطع أو دليل ظني . . .) فيمكن مناقشته بما يأتي :

لا يسلم قولهم أنه حيث لم ينقل القاطع دل على عدمه ؛ إذ قد يستغنى عنه لحصول الإجماع الذي هو أقوى منه وارتفاع الخلاف المحوج إلى نقل الأدلة[1] .

وأيضاً لا يسلم ما قالوه فيما إذا كان الإجماع عن دليل ظني ؛ إذ إن الدليل قد يكون جلياً ظاهراً، واختلاف الأذهان والأنظار إنما يمنع الاتفاق فيما يدق ويخفى مسلكه من الأدلة الظنية[2] .

وأما الدليل الثاني (وهو أن اتفاقهم على الحكم الواحد كاتفاقهم في الساعة الواحدة على المأكول الواحد والتكلم بالكلمة الواحدة) فلا يسلم أيضاً ؛ لأن الاتفاق إنما يمتنع فيما يتساوى فيه الاحتمال كالمأكول المعين والكلمة المعينة، أما عند

---

(١) انظر : الآمدي : الإحكام (١/ ١٩٧)، والعضد : شرح مختصر ابن الحاجب (٢/ ٣٠)، وابن عبد الشكور : مسلم الثبوت (٢/ ٢١٢)، والبخاري : كشف الأسرار(٣/ ٢٢٧).

(٢) انظر : العضد : شرح مختصر ابن الحاجب (٢/ ٣٠)، وابن عبدالشكور : مسلم الثبوت (٢/ ٢١٢)، والبخاري : كشف الأسرار (٣/ ٢٢٧).

الرجحان – وذلك عند قيام الدلالة أو الأمارة الظاهرة ـ فذلك غير ممتنع كاتفاق الجمع العظيم على نبوة محمد واتفاق الشافعية والحنفية على قولهما مع أن أكثر أقوالهما صادرة عن إمارة[1] .

أما الدليل الثالث وهو أن انتشارهم في الأقطار يمنع نقل الحكم إليهم عادة فغير مسلم لما يأتي :

١- إن الانتشار لا يمنع نقل الحكم مع الجد والطلب والبحث إنما يمنع من قعد لا يبحث ولا يطلب[2] .

٢- إن الانتشار لم يمنع نقل الأخبار المستفيضة والمتواترة، فإنها لا تخفى على أحد وقد وقع الاتفاق عليها، فكذا اعتقاد الأحكام لا يمتنع الاتفاق عليها مع الانتشار ؛ إذ يتصور الإجماع فيها كما يتصور في الأخبار المتواترة[3] .

٣- أن هذا الدليل لا يسلم في عصر الصحابة، حيث كان الأئمة المجتهدون قليلين ومعروفي فيتيسر نقل الحكم إليهم[4] .

الترجيح:

وبعد النظر في الأدلة والمناقشات الواردة عليها يترجح المذهب الأول لقوة أدلته وظهورها، ولما ورد على أدلة المذهب الثاني من مناقشات .

---

(١) الرازي : المحصول(ج٢ق١/ ٢٢-٢٣).

(٢) العضد : شرح مختصر ابن الحاجب (٢/ ٢٩)، وابن عبدالشكور : مسلم الثبوت (٢/ ٢١٢)

(٣) انظر : ابن عبدالشكور : مسلم الثبوت (٢/ ٢١١)، والبخاري : كشف الأسرار (٣/ ٢٢٧).

(٤) ابن عبدالشكور : مسلم الثبوت (٢/ ٢١١)

المبحث الثاني
في إمكان العلم بالإجماع

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول
في بيان المذاهب في المسألة ونسبتها

وهذه مسألة تبتني على المسألة الأولى، فإذا قيل - كما جاء في المسألة السابقة - بتصور وجود الإجماع عقلاً وإمكانه في العادة، فهل يمكن العلم به في الواقع ومعرفة تحققه ؟

هذا ما نبحثه في هذه المسألة .

أما من قال بأنه لا يتصور وجود الإجماع ولا يمكن في العادة فمن باب أولى أنه لا يمكن عنده العلم بالإجماع .

والخلاف في المسألة التي معنا، هل يمكن العلم بالإجماع، أو لا ؟، واقع على ثلاثة مذاهب عند الأصوليين :

المذهب الأول: إنه يمكن العلم بالإجماع:

وهذا مذهب جمهور الأصوليين، وقد ذهب إليه إمام الحرمين في البرهان[1]، والغزالي في المستصفى[2]، وابن قدامه[3]، والآمدي في إحكامه، وقال: "أثبته الأكثرون"[4]، وابن الحاجب[5]، والبيضاوي[6]، والزركشي[7]، وصفي الدين الهندي[8] (ت ٧١٥ هـ)، وابن اللحام الحنبلي[9]، وابن الهمام[10].

المذهب الثاني: أنه لا يمكن العلم به:

وهذا المذهب يقول به من نفي تصور وجود الإجماع[11]، كما قال به - أيضاً - بعض من قال بتصور وجوده.

وهو مذهب الأقلين، كذا ذكر الآمدي في إحكامه[12].

(١) (١/ ٦٧٣-٦٧٤).

(٢) (١/ ١٧٤).

(٣) روضة الناظر (٢/ ٤٤٠).

(٤) الإحكام في أصول الأحكام (١/ ١٩٨).

(٥) مختصر المنتهى، مع شرح العضد بحاشية التفتازاني (٢/ ٣٠).

(٦) المنهاج، مع نهاية السول (٣/ ٢٣٧).

(٧) البحر المحيط (٤/ ٤٣٨).

(٨) نهاية الوصول في دراية الأصول (٦/ ٢٤٢٩).

(٩) المختصر في أصول الفقه (٧٥).

(١٠) التحرير، مع التقرير والتحبير (٣/ ٨٣).

(١١) انظر ما سبق من البحث.

(١٢) (١/ ١٩٨).

وأورده البيضاوي في المنهاج بصيغة قيل[١]، وقال الزركشي في البحر المحيط: "ومنعه قوم"[٢].

وهو ما فهمه البعض من الرواية المنقولة عن الإمام أحمد (رحمه الله)، حيث جاء في مسائله رواية ابنه عبدالله (ت ٢٩٠هـ): "حدثنا، قال: سمعت أبي يقول ما يدعي الرجل فيه الإجماع هذا الكذب، من ادعى الإجماع فهو كذب، لعل الناس اختلفوا، هذه دعوى بشر المريسي[٣] والأصم[٤]، ولكن يقول: لا يعلم الناس يختلفون، أو لم يبلغه ذلك ولم ينته إليه، فيقول لا يعلم الناس اختلفوا"[٥]. وما ورد في الروايات الأخرى[٦].

---

(١) المنهاج، مع نهاية السول (٣/ ٢٣٧).

(٢) (٤/ ٤٣٨).

(٣) هو بشر بن غياث بن أبي كريمة المريسي، أبو عبدالرحمن من موالي زيد بن الخطاب (رضي الله عنه). روى الحديث عن حماد بن سلمة وسفيان بن عيينة وأبي يوسف القاضي وأخذ الفقه عنه. واشتغل بعلم الكلام، وقال بخلق القرآن وحكي عنه في ذلك أقوال شنيعة، وكان مرجئاً، وإليه تنسب الطائفة المريسية من المرجئة. وتوفي ببغداد سنة ٢١٨هـ.
انظر: الخطيب البغدادي: تاريخ بغداد (٧/ ٥٦)، وابن خلكان: وفيات الأعيان (١/ ٢٧٧)، وابن العماد: شذرات الذهب (٢/ ٤٤).

(٤) هو عبدالرحمن بن كيسان، أبو بكر الأصم. من فقهاء المعتزلة ومتكلميهم يكن البصرة، وله مناظرات مع ابن الهذيل العلاف. وله كتاب في التفسير. وتوفي نحو سنة ٢٢٥هـ.
انظر: ابن المرتضى: طبقات المعتزلة (٥٦)، والزركلي: الأعلام (٣/ ٣٢٣).

(٥) مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه عبدالله بن أحمد (٤٣٨-٤٣٩).

(٦) انظر ماسبق من البحث.

وقد ذكره ابن اللحام رواية عن الإمام أحمد[1]، وكذا نسب الآمدي هذا المذهب إلى الإمام أحمد في إحدى الروايتين[2].

المذهب الثالث: التفصيل في ذلك فلا يثبتون إمكان العلم به مطلقاً ولا ينفونه مطلقاً، وهؤلاء فريقان: **الأول:** قالوا إنه يمكن العلم به في عصر الصحابة فقط دون غيره من العصور. ومن هؤلاء: القاضي عبدالوهاب من المالكية[3] (ت ٤٢٢ هـ)، وداود (ت ٢٧٠هـ) وأصحابه من أهل الظاهر[4]، ومنهم ابن حزم[5] (ت ٤٥٦هـ)، وممن قال بهذا القول أيضاً الفخر الرازي[6]، والأصفهاني (ت ٦٨٨)، والطوفي[7] (ت ٧١٠هـ)، والشوكاني[8]، وابن بدران[9] (ت ١٣٤٦هـ). **والثاني:** قالوا إنه

(١) المختصر في أصول الفقه (٧٥).

(٢) الإحكام في أصول الأحكام (١/ ١٩٨).

(٣) مسألة الإجماع من شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ملحق بكتاب المقدمة في الأصول لابن القصار (٢٥٩).

(٤) ولذلك فإنهم لايعتدون إلا بإجماع الصحابة دون غيرهم، وقد نسبه القاضي أبو يعلي إلى أهل الظاهر، ومنهم داود وأصحابه، ونسبه أبو الخطاب إلى جماعة منهم، قال: "وقال داود وجماعة من أهل الظاهر"، ونسبه ابن اللحام إلى داود.

انظر: أبا يعلي: العدة في أصول الفقه (٤/ ١٠٩١)، وأبا الخطاب التمهيد (٣/ ٢٥٦)، وابن اللحام: المختصر في أصول الفقه(٧٥).

(٥) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم (٤/ ٥٠٩)، والنبذ في أصول الفقه الظاهري(٩).

(٦) المحصول (ج٢ث١/ ٤٤).

(٧) شرح مختصر الروضة (٣/ ١٢).

(٨) إرشاد الفحول (٧٣).

(٩) نزهة الخاطر العاطر شرح روضة الناظر(١/ ٣٣٥)، والمدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل (٢٧٩).

يمكن العلم به في القرون الثلاثة دون غيرها .

وقد ذكره الأنصاري في فواتح الرحموت ولم ينسبه لأحد[1] .

المطلب الثاني

في أدلة المذاهب

أدلة المذهب الأول:

الدليل الأول: أن المجتهدين إما أن يكونوا قليلين أو كثيرين، وفي كلا الحالين يتصور إمكان العلم بإجماعهم، ولا يمنع منه في الواقع مانع . فإن كانوا قليلين بحيث يمكن معرفة أعيانهم كما كان في زمان الصحابة فيكون العلم بالإجماع بمراجعتهم ومشافهتهم .

وإن كانوا كثيرين بحيث لا يمكن لواحد أن يعرفهم بأعيانهم، فبمشافهة بعضهم والنقل المتواتر عن الباقين بأن ينقل من أهل كل قطر من يحصل التواتر بقولهم عمن فيه من المجتهدين مذاهبهم[2] .

الدليل الثاني: إن الإجماع واقع، والوقوع دليل إمكانية العلم به .

وقد علمنا وقوع الاتفاق على وجوب الصلوات الخمس، وعلمنا - أيضاً -

(١) (٢١٢/٢).

(٢) انظر: أبا إسحاق الشيرازي: شرح اللمع (٦٦٨/٢)، وأبا المظفر بن السمعاني: قواطع الأدلة (٤٦٩/١)، والهندي: نهاية الوصول (٦/ ٢٤٣٤).

اتفاق الشافعية على امتناع قتل المسلم بالذمي وبطلان النكاح بلا ولي، واتفاق الحنفية على نقيض ذلك[1].

الدليل الثالث: أنه اجتمع على الشبه خلق كثيرون أكثر من أهل الإسلام وعلمنا اتفاقهم على ذلك، والإجماع على الحق مع ظهور أدلته أولى[2].

وذكر الفخر الرازي صيغة أخرى للدليل، فقال: " إنا نعلم أن الغالب على أهل الروم النصرانية، وعلى بلاد الفرس الإسلام، وإن كنا ما لقينا كل واحد من هذه البلاد ولا كل واحد من ساكنيها "[3].

دليل المذهب الثاني:

إن العلم بالأشياء إما أن يكون وجدانياً أو لا يكون وجدانياً:

أما الوجداني فكما يجد أحدنا من نفسه من جوعه وعطشه ولذته وألمه، والعلم بالإجماع واتفاق الأمة ليس من هذا الباب.

وأما الذي لا يكون وجدانياً فطريق معرفته العقل أو الحس أو الخبر. والعقل لا مجال له في معرفة أن الشخص قال بهذا القول أو لم يقل به.

وكذا الحس لا مجال له ؛ لأن الإحساس بكلام الغير لا يكون إلا بعد معرفته،

(١) انظر: الآمدي: الإحكام (١/ ١٩٨)، والزركشي: البحر المحيط (٤/ ٤٣٩).

(٢) الزركشي: البحر المحيط (٤/ ٤٣٨)، وانظر أيضاً الآمدي: الإحكام (١/ ١٩٩).

(٣) المحصول (ج٢ ق١/ ٢٧).

ومعرفة كل واحد من أهل الإجماع أمر متعذر هنا؛ إذ لا يمكن معرفة جميع المجتهدين من الأمة في الشرق والغرب وسائر البلاد الإسلامية؛ فإن العمر يفنى دون مجرد البلوغ إلى كل مكان من الأمكنة التي يسكنها أهل العلم (كذا قالوا)، فضلاً عن اختبار أحوالهم ومعرفة من هو من أهل الإجماع منهم، ومن لم يكن من أهله ومعرفة كونه قال بذلك، أو لم يقل به.

وبالجملة فإنا لا نستطيع أن نتصور معرفة جميع العلماء المجتهدين في مشارق الأرض ومغاربها على حد سواء ولو كان عن طريق الخبر؛ وإن من يسكن في المشرق لا يحيط بعلماء جهته فضلاً عن علماء المغرب، هذا مع احتمال اختفاء بعضهم لأسباب كالأسر والحبس وغيره.

ثم إنا لو افترضنا معرفته بالجميع، فإنا لا نستطيع تصور جزمه بأن هؤلاء العلماء قالوا بهذا القول.

ثم لو قدرنا معرفته بالجميع وجزمه بقولهم في هذه المسألة فإنه لا يستطيع الجزم باستمرار ذلك حتى يجمع الآخرون عليه؛ إذ قد يرجعون أو يرجع بعضهم أو أحدهم، ولو تصورنا وجودهم في مكان واحد وإجماعهم على الحكم في وقت واحد - على بعده بل امتناعه -، فإنه لا يجزم بالاتفاق؛ إذ قد يكون بعضهم سكت تقية وخوفاً[1].

---

(١) انظر: الرازي: المحصول (ج٢ ق١/ ٢٣)، وابن السبكي: الإبهاج (٢/ ٣٩١)، والإسنوي: نهاية السول =

دليل المذهب الثالث:

أما من قال إنه يمكن العلم بإجماع الصحابة دون غيرهم، فقد احتجوا بأن المؤمنين في عهد الصحابة قليلون يمكن معرفتهم بأسرهم على التفصيل[1] ؛ فقد كانوا محصورين ومجتمعين في مكة والمدينة وما حولهما، ومن خرج منهم بعد فتح البلاد كان معروفاً في موضعه[2] .

ومن قال إنه يمكن العلم به في القرون الثلاثة الأولى:

قالوا: إن المجتهدين في هذه القرون الفاضلة معلومون بأسمائهم وأعيانهم وأمكنتهم خصوصاً بعد وفاة رسول الله زماناً قليلاً، ويمكن معرفة أقوالهم وأحوالهم للجاد في الطلب[3]، وكلهم في ذلك العصر جاد في الطلب، فإنهم يعلمون أن اتفاق كل المجتهدين في عصر حجة قاطعة من الأحاديث التي رووها عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم) فهم يجدون في طلبه كما يجدون في طلب الكتاب والسنة ثم يعلم بالتجربة والتكرار عدم الرجوع عما هم عليه قبل الآخر علماً ضرورياً، ويعلم أيضاً يقيناً أنهم لم يكذبوا فيه لا عمداً ولا سهواً، لما عرفناه بقرائن جلية وخفية فيهم وفي

= (٣/ ٢٤٣)، والهندي: نهاية الوصول (٦/ ٢٤٣٢)، وابن الهمام: التحرير، مع التقرير والتحبير (٣/ ٨٢)، ومحب الله بن عبدالشكور: مسلم الثبوت مع فواتح الرحموت (٢/ ٢١٢).

(١) الرازي: المحصول (ج٢ ق١/ ٤٥)، والبيضاوي: المنهاج، مع الإبهاج (٢/ ٣٩١)، وابن السبكي: الإبهاج (٢/ ٣٩٢).

(٢) انظر: الإسنوي: نهاية السول (٣/ ٢٤٤).

(٣) الأنصاري: فواتح الرحموت (٢/ ٢١٢)، وبخيت المطيعي: سلم الوصول بشرح نهاية السول (٣/ ٢٤٥).

حال الفتوى والعمل[1].

المطلب الثالث

في المناقشات الواردة على الأدلة والترجيح

وقد وردت مناقشات على أدلة المذهب الثاني والمذهب الثالث نذكرها فيما يأتي:

مناقشة دليل المذهب الثاني:

إن قولهم إن معرفة كل واحد من أهل الإجماع أمر متعذر غير مسلم ؛

لأن المجتهدين إن كانوا قليلين أمكن معرفتهم بأعيانهم - كما هو الحال في زمن الصحابة - وحينئذ يعرف الإجماع بمشافهة بعضهم والنقل المتواتر عن الباقين، وذلك بأن ينقل من أهل بلد من يحصل التواتر بقولهم عمن فيه من المجتهدين مذاهبهم[2].

وفي هذا الزمن يسهل القول في ذلك ؛ إذ يمكن معرفة أقوالهم بما استجد من وسائل اتصالات حديثة وما توفر من إمكانية الاطلاع على الآراء عبر وسائل الإعلام وغيرها. كما أن المؤتمرات واللقاءات العلمية الدولية تساعد على معرفة آراء العلماء المجتهدين المشاركين فيها والآخرين عن طريق نقل أقوالهم.

أما قولهم بأنا لا نستطيع أن نجزم باستمرارهم على القول ؛ إذ قد يرجع بعضهم

(١) المطيعي: سلم الوصول لشرح نهاية السول (٣/ ٢٤٥).

(٢) انظر: الهندي: نهاية الوصول (٦/ ٢٤٣٤).

قبل موافقة الآخر، فالجواب عنه: أنه يمكن تحديد زمن وضبط تأريخ يعرف فيه قول كل واحد من المجتهدين في ذلك الوقت[1].

مناقشة دليل المذهب الثالث:

وهؤلاء دليلهم قائم على أن المجتهدين في زمن الصحابة معروفون فيمكن معرفة إجماعهم.

وكذا في القرون الثلاثة يمكن أيضاً معرفتهم. ويمكن مناقشته بأنه لا يسلم اقتصار معرفتهم على هذين الزمنين؛ بل يمكن في غيرهما، ويطلع عليه عن طريق مشافهة بعضهم، والنقل المتواتر عن البعض الآخر.

الترجيح:

وبعد النظر في أدلة المذاهب والمناقشات الواردة عليها يترجح المذهب الأول القائل بأنه يمكن العلم بالإجماع؛ وذلك لقوة أدلته، ولما ورد على أدلة المذهبين الآخرين من مناقشات.

بل إنه يترجح المذهب الأول في هذا العصر بشكل أظهر؛ حيث أمكن أن يكون العالم - كما يقولون - قرية صغيرة بما توفر الآن من أجهزة اتصالات وحاسبات آلية ووسائل إعلامية وغير ذلك، بحيث يمكن الاطلاع على أقوال الآخرين بيسر وسهولة وفي وقت واحد في جميع أنحاء العالم.

---

(١) ابن عبدالشكور، والأنصاري: مسلم الثبوت وشرحه فواتح الرحموت (٢/ ٢١٢).

الفصل الثاني

في تحقيق قول الإمام أحمد (رحمه الله) في الإجماع

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول

في نقل الأصوليين لقول الإمام أحمد

اضطرب نقل الأصوليين لقول الإمام أحمد في الإجماع ؛ فمن قائل إنه يحتج بالإجماع ومن قائل إنه لا يحتج به ومن قائل إنه نقل عنه روايتان، ويتضح ذلك فيما يأتي:

١ - ذكر أبو يعلي (رحمه لله) في كتابه "العدة" أن الإمام أحمد يحتج بالإجماع ولا يجوز مخالفته، ثم نفى ما يظهر من بعض الروايات عنه أنه لا يحتج به.

قال: "الإجماع حجة مقطوع عليها يجب المصير إليه وتحرم مخالفته، ولا يجوز أن تجتمع الأمة على الخطأ، وقد نص أحمد - رحمه الله - على هذا"[١].

ثم نقل بعض الروايات وقال بعدها: "وظاهر هذا الكلام أنه قد منع صحة الإجماع وليس ذلك على ظاهره"[٢].

- وقال مجد الدين بن تيمية (ت ٦٥٢هـ) في المسودة "ولا يجوز أن تجمع

(١) العدة (٤/١٠٥٨).

(٢) العدة (٤/١٠٦٠).

الأمة على الخطأ نص عليه وهو قول جماعة الفقهاء والمتكلمين . . . "[1] .

قال الزركشي : " ونقل عن الإمام أحمد ما يقتضي إنكاره وأجراه ابن حزم على ظاهره "[2] .

- ونقل أن الإمام أحمد نفى الإجماع غير إجماع الصحابة ، وعلى هذا حمل إنكار الإجماع .
- كذا نقل الزركشي عن ابن تيمية وعن الأصفهاني[3] ؛ كما نقله عن الأصفهاني الشوكاني في إرشاد الفحول[4] . وابن بدران في نزهة الخاطر العاطر[5] .
- والذي ذكره ابن تيمية في المسودة : أن " الذي أنكره أحمد دعوى إجماع المخالفين بعد الصحابة أو بعدهم وبعد التابعين أو بعد القرون الثلاثة المحمودة ، ولا يكاد يوجد في كلامه احتجاج بإجماع بعد عصر التابعين أو بعد القرون الثلاثة ، مع أن صغار التابعين أدركوا القرن الثالث وكلامه في إجماع كل عصر إنما هو في التابعين . . . "[6] .

---

(١) المسودة (٣١٥) .

(٢) البحر المحيط (٤/٤٣٨) .

(٣) البحر المحيط (٤/٤٣٩) .

(٤) (٧٣) .

(٥) (٢/٣٣٣) .

(٦) المسودة (٣١٦) .

- ونقل بعض الأصوليين أن إنكاره للإجماع رواية عنه، يقول الآمدي في إمكان معرفة الإجماع والاطلاع عليه: أثبته الأكثرون ونفاه الأقلون ومنهم أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين عنه، ولهذا نقل عنه أنه قال من ادعى وجود الإجماع فهو كاذب"[1]، وما ذكره الآمدي هنا أشار إليه تاج الدين بن السبكي في الإبهاج"[2].
- وقال ابن النجار الفتوحي: "وأنكر النظام وبعض الرافضة ثبوت الإجماع، وروي عن الإمام أحمد رضي الله عنه"[3].
- وقال ابن بدران في المدخل" وحكى أصحابنا أنه روى عن الإمام أحمد إنكار الإجماع..."[4].

وجعل الإسنوى (ت ٧٧٢ هـ) هذه الرواية في إنكار إجماع غير الصحابي، يقول في نهاية السول" وقال أهل الظاهر: لا يحتج إلا بإجماع الصحابة وهو رواية لأحمد"[5].

---

(١) الإحكام (١/ ١٩٨).

(٢) (٢/ ٣٩١).

(٣) شرح الكوكب المنير (٢/ ٢١٣).

(٤) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل(٢٧٩).

(٥) (٣/ ٢٤٥).

المبحث الثاني
في الروايات المنقولة عن الإمام أحمد

وفيه مطلبان :

المطلب الأول
في الروايات الدالة على إثباته للإجماع

وإزاء ما ذكره الأصوليون في هذه المسألة واختلاف نقل القول عن الإمام أحمد (رحمه الله)، فإنه يحتاج إلى إيراد النصوص كما جاءت عن الإمام، وبيان دلالتها حينئذ، وتحقيق قوله في هذا الدليل، دليل الإجماع ؛ ونذكر أولاً الروايات التي نقلت عنه وهي تدل على إثباته للإجماع ثم ننقل ما يدل ظاهره على إنكار الإجماع ونبين ما تدل عليه حقيقة، فنقول :

الروايات عن الإمام أحمد التي تدل على إثباته للإجماع

١- جاء في رواية عبدالله وأبي الحارث[1] عن الإمام أحمد (رحمه الله)، قال : " في الصحابة إذا اختلفوا لم يخرج من أقاويلهم أرأيت إن أجمعوا، له أن

(١) هو أحمد بن محمد، أبو الحارث الصائغ روى عن الإمام أحمد مسائل كثيرة بضعة عشر جزءاً وجود الرواية عن أبي عبدالله . وكان الإمام يأنس به ويقدمه ويكرمه .
أنظر : ابن أبي يعلي : طبقات الحنابلة (١/ ٧٤)، وابن مفلح : المقصد الأرشد (١/ ١٦٣)، والعليمي : المنهج الأحمد (١/ ٣٦٣).

يخرج من أقاويلهم ؟ هذا قول خبيث، قول أهل البدع، لا ينبغي أن يخرج من أقاويل الصحابة إذا اختلفوا" .

وهذه الرواية نقلها القاضي أبو يعلي في العدة[١]، والمجد بن تيمية في المسودة[٢] وأبو الخطاب نقلها في التمهيد إلى قوله هنا: أهل البدع[٣].

وفي قوله هنا أرأيت إن أجمعوا يدل على أن إجماعهم حجة لا يجوز الخروج عنه، وقد جاء هذا أصلاً مقيساً عليه إذ إن المسألة في الصحابة إذا اختلفوا، هل يجوز الخروج عن أقوالهم التي اختلفوا عليها، وذلك بأن يأخذ بقول آخر لم يرد عنهم، قال لا يجوز ذلك، كما لا يجوز الخروج عن أقوالهم إذا أجمعوا.

إذن فهو يقول بأن الإجماع حجة.

٢- جاء في رواية الحسن بن ثواب[٤] عن الإمام أحمد (رحمه الله) قال:

---

(١) (٤/١٠٥٩).

(٢) (٣١٥).

(٣) التمهيد (٣/٢٤٩).

(٤) هو الحسن بن ثواب، زبو علي الثعلبي المخرمي سمع يزيد بن هارون وعبدالرحمن بن عمرو بن جبلة البصري، وإبراهيم بن حمزة المدني وعمار بن عثمان الحلبي. وروى عنه جماعة منهم عبدالله بن محمد بن إسحاق المروزي، وجعفر بن مجاشع وإسماعيل الصفار، وأبو بكر الخلال.

وجاء في طبقات الحنابلة: "كان هذا شيخاً جليل القدر وكان له بأبي عبدالله أنس شديد". وتوفي في جمادى الأولى سنة ٢٦٨هـ.

انظر: ابن أبي يعلى: طبقات الحنابلة (١/ ١٣١)، وابن مفلح: المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد (١/ ٣١٧)، والعليمي: المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد (١/ ٢٣٤).

" أذهب في التكبير من غداة يوم عرفة إلى آخر أيام التشريق، فقيل له؛ إلى أي شيء تذهب ؟ قال: بالإجماع عمر وعلي (ت ٤٠ هـ) وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس" .

وهذه الرواية نقلها القاضي في العدة[1]، ونقلها عن هذا الكتاب المجد بن تيمية في المسودة[2] .

وهنا في هذه الرواية احتج الإمام أحمد بالإجماع تصريحاً، حيث أجاب على السؤال: إلى أي شيء تذهب ؟، يعني ما دليلك على هذا، قال: بالإجماع .

٣- وجاء في رواية عبدالله عن الإمام أحمد قال: " الحجة على من زعم أنه إذا كان أمراً مجمعاً عليه، ثم افترقوا، ما تقف على ما أجمعوا عليه حتى يكون إجماعاً .

إن أم الولد كان حكمها حكم الأمة بإجماع، ثم اعتقهن عمر وخالفه علي بعد موته ورأى أن تسترق، فكان الإجماع في الأصل أنها أمة .

وحد الخمر: ضرب أبو بكر أربعين، ثم ضرب عمر ثمانين، وضرب علي في خلافة عثمان أربعين، فقال: ضرب أبو بكر أربعين وكملها عمر ثمانين وكل سنة .

---

(١) (٤/١٠٦٠).

(٢) (٣١٦).

والحجة عليه في الإجماع في الضرب، ثم عمر خالفه، فزاد أربعين، ثم ضرب على أربعين"[1].

وهذه الرواية نقلها أبو يعلي في العدة[2].

ونجد في هذه الرواية أن الإمام أحمد يذكر الإجماع ويبين أنه إذا وجد افتراق بين العلماء في نفس العصر اعتد بخلاف المخالف، وهذا يدل على احتجاجه بالإجماع من حيث هو.

وهذه الرواية نقلها القاضي أبو يعلي في معرض إثباته أن انقراض العصر معتبر في صحة الإجماع واستقراره، وأنه إذا أجمعت الصحابة على حكم من الأحكام ثم رجع بعضهم أو جميعهم انحل الإجماع. وإن أدرك بعض التابعين عصرهم وهو من أهل الاجتهاد اعتد بخلافه، إذا قلنا إنه يعتد بخلافهم معهم، واحتج القاضي هنا بظاهر كلام الإمام أحمد في هذه الرواية[3].

---

(١) جاء في حديث حضين بن المنذر في قصة الوليد بن عقبة لما شرب الخمر، وأراد عثمان بن عفان (رضي الله عنه) إقامة الحد عليه، فقال لعلي (رضي الله عنه): قم فاجلده، فقال علي: قم يا حسن فاجلده، فقال الحسن: ولِ حارها من تولى قارها (فكأنه وجد عليه)، فقال: يا عبدالله بن جعفر قم فاجلده، فجلده، وعلي يعد حتى بلغ أربعين، فقال: أمسك، ثم قال: جلد النبي (صلى الله عليه وسلم) أربعين، وجلد أبو بكر أربعين، وعمر ثمانين وكل سنة، وهذا أحب إليّ.
أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب الحدود، باب حد الخمر (٣/ ١٣٣١-١٣٣٢)، رقم الحديث ١٧٠٧.

(٢) (٤/ ١٠٩٥-١٠٩٦).

(٣) العدة (٤/ ١٠٩٥).

٤- وجاء في رواية أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني الحافظ صاحب السنن [١]، قال: سمعت أحمد، قيل له: إن فلاناً قال: قراءة فاتحة الكتاب يعني خلف الإمام مخصوص من قوله " إذا قرئ القرآن فاستمعوا له " فقال: عمن يقول هذا ؟ أجمع الناس أن هذا في الصلاة. وهذه الرواية في كتاب مسائل الإمام أحمد، رواية أبي داود [٢].

ونقلها ابن أمير الحاج في التقرير والتحبير عن البيهقي، أخرج عن الإمام أحمد قال: أجمع الناس على أن هذه الآية في الصلاة، يعني: إذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا [٣].

وفي هذه الروايه احتج الإمام أحمد (رحمه الله) بالإجماع في قوله: أجمع الناس.

وكل هذا يدل على أن الإجماع من حيث هو حجة ودليل عنده.

(١) هو سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي أبو داود السجستاني. ولد سنة ٢٠٣هـ، وسمع الإمام أحمد ومسلم بن إبراهيم، وسليمان بن حرب وأبا الوليد الطيالسي وغيرهم. وروى عنه ابنه عبدالله وأبو عبدالرحمن النسائي وأبو بكر الخلال وغيرهم. وسكن البصرة، وقدم بغداد غير مرة. وله كتاب السنن المعروف. وتوفي في شهر شوال سنة ٢٧٥ هـ.

أنظر: ابن أبي يعلي: طبقات الحنابلة (١/ ١٥٩)، وابن حجر: تهذيب التهذيب (٤/ ١٦٩)، والعليمي: المنهج الأحمد (١/ ٢٥٦).

(٢) (٣١).

(٣) التقرير والتحبير (٣/ ٨٣).

المطلب الثاني
في الروايات التي ظاهرها إنكار الإجماع

وإليك هذه الروايات:

١- جاء في رواية عبدالله بن أحمد بن حنبل قال: "سمعت أبي يقول: ما يدعي الرجل فيه الإجماع هذا الكذب، من ادعى الإجماع فهو كذب، لعل الناس اختلفوا، هذا دعوى بشر المريسي والأصم ولكن يقول لا يعلم الناس يختلفون، أو لم يبلغه ذلك ولم ينته إليه، فيقول لا يعلم الناس اختلفوا".

وهذه الرواية في مسائل الإمام أحمد بن حنبل، رواية ابنه عبدالله بن أحمد[١]

ونقل نحوها القاضي أبو يعلي في كتابه العدة عن عبدالله بن أحمد عن أبيه قال "من ادعى الإجماع فقد كذب، لعل الناس قد اختلفوا، هذه دعوى بشر المريسي والأصم، ولكن يقول لا نعلم لعل الناس اختلفوا ولم يبلغه"[٢].

وكذا جاءت هذه الرواية بنصها في كتاب التمهيد لأبي الخطاب إلى هذه دعوى بشر المريسي والأصم[٣].

---

(١) (٤٣٨-٤٣٩).
(٢) العدة(٤/١٠٥٩).
(٣) التمهيد(٣/٢٤٧).

وجاء نصها في كتاب المسودة بلفظ : " في رواية عبدالله، فقال : من ادعى الإجماع فهو كاذب، لعل الناس قد اختلفوا وهذه دعوى بشر المريسي والأصم، ولكن يقول لا نعلم الناس اختلفوا إذا لم يبلغه "[1] .

ونقل هذه الرواية شيخ الإسلام بن تيمية في الفتاوى بلفظ : " من ادعى الإجماع فقد كذب هذه دعوى المريسي والأصم، ولكن يقول لا أعلم نزاعاً "[2] .

وهذه الرواية بصيغها التي أوردتها ظاهرها حيث تدل العبارة أن ادعاء الإجماع كذب غير صحيح فلا يكون حجة ودليلاً شرعياً .

٢- رواية أبي الحارث عن الإمام أحمد (رحمه الله) أنه قال : " لا ينبغي لأحد أن يدعي الإجماع، لعل الناس اختلفوا " .

وهذه الرواية نقلها القاضي أبو يعلي في العدة[3]، وأبو الخطاب في التمهيد[4]، والمجد في المسودة[5] .

(١) المسودة (٣١٥).
(٢) الفتاوى (١٩/ ٢٧١).
(٣) (٤/ ١٠٦٠).
(٤) (٣/ ٢٤٧).
(٥) (٣١٦).

٣- رواية المروذي [١] عن الإمام أحمد أنه قال: " كيف يجوز للرجل أن يقول أجمعوا ؟ ، إذا سمعتهم يقولون أجمعوا فاتهمهم، لو قال: إني لم أعلم لهم مخالفاً جاز " .

وهذه الرواية نقلها القاضي أبو يعلي في العدة [٢]، والمجد بن تيمية في المسودة [٣]، ونقل صدرها أبو الخطاب في التمهيد قوله كيف يجوز للرجل أن يقول أجمعوا [٤] .

٤- رواية أبي طالب [٥] عن الإمام أحمد أنه قال:

" هذا كذب، ما علمه أن الناس مجمعون ولكن يقول لا أعلم فيه اختلافاً فهو أحسن من قوله إجماع الناس " .

---

(١) هو أحمد بن محمد بن الحجاج بن عبدالعزيز، أبو بكر المروذي. وهو صاحب الإمام أحمد (رحمه الله)، روى عنه مسائل كثيرة، وكان المقدم من أصحابه لورعه وفضله، وكان الإمام يأنس به وينبسط إليه، وهو الذي تولى إغماضه لما مات وغسله. وتوفي (رحمه الله) في شهر جمادى الأولى سنة ٢٧٥ هـ.
أنظر: ابن أبي يعلى: طبقات الحنابلة (١/٥٦)، وابن مفلح: المقصد الأرشد (١/١٥٦)، والعليمي: المنهج الأحمد (١/٢٥٢).

(٢) (٤/١٠٦٠).

(٣) (٣١٥).

(٤) (٣/٣٤٧).

(٥) هو عصمة بن أبي عصمة، أبو طالب العكبري روى عن الإمام أحمد مسائل كثيرة، وصحبه حتى مات، وكان رجلاً صالحاً. وروى عنه جماعة، منهم: عمر بن رجاء. وتوفي (رحمه الله) سنة ٢٤٤هـ.
انظر: ابن أبي يعلى: طبقات الحنابلة (١/٢٤٦)، وابن مفلح: المقصد الأرشد (٢/٢٨٢)، والعليمي: المنهج الأحمد (١/١٧٨).

وهذه الرواية نقلها القاضي أبو يعلي في العدة[1]، والمجد بن تيمية في المسودة[2]، وذكرها أبو الخطاب في التمهيد من قوله " لا أعلم فيه اختلافاً. . . "[3].

وتلتقي هذه الرواية مع الرواية الأولى التي أوردناها رواية عبدالله بن أحمد في أن من ادعى الإجماع فقد كذب، لأنه لا يجزم بأن الناس أجمعوا في الواقع، ولذلك قال في رواية المروذي: "كيف يجوز للرجل أن يقول أجمعوا، إذا سمعتهم يقولون أجمعوا فاتهمهم"؛ والاستفهام هنا إنكاري، أي: لا يجوز للرجل أن يقول أجمعوا، وقد صرح بذلك في رواية أبي الحارث، فقال: لا ينبغي لأحد أن يدعي الإجماع.

المبحث الثالث

في تخريج العلماء للروايات التي ظاهرها إنكار الإجماع

وظاهر هذه الروايات أن الإمام أحمد لا يرى صحة الاستدلال بالإجماع إذ لا يمكن ثبوته ومعرفته، وليس الأمر كذلك.

وبهذا صرح بعض العلماء، وبينوا أن ما نقل عنه هنا من روايات محمول على غير هذا الظاهر جمعاً بينها وبين ما ثبت عنه من احتجاج بالإجماع.

---

(١) (٤/١٠٦٠).

(٢) (٣١٦).

(٣) (٣/٢٤٧).

يقول القاضي أبو يعلي: " وظاهر هذا الكلام أنه قد منع صحة الإجماع وليس ذلك على ظاهره، وإنما قال هذا على طريق الورع، نحو أن يكون هناك خلاف لم يبلغه.

أو قال هذا في حق من ليس له معرفة بخلاف السلف؛ لأنه قد أطلق القول بصحة الإجماع في رواية عبدالله وأبي الحارث، وادعى الإجماع في رواية الحسن بن ثواب . . . "[1].

وبقول أبو الخطاب: " أما كلام أحمد أراد به في حق من لا معرفة له بأقوال الناس ولا عناية له بالاستخبار عن المذاهب، إذا قال ذلك فهو كذب كبشر والأصم، أو قال ذلك على وجه الورع ولهذا قال في رواية أبي طالب لا أعلم فيه اختلافاً، فهو أحسن من قوله إجماع الناس، ولهذا نص على صحة الإجماع في رواية عبدالله وأبي الحارث في الصحابة إذا اختلفوا لم يخرج عن أقاويلهم، أرأيت إن أجمعوا له أن يخرج من أقاويلهم؟ هذا قول خبيث قول أهل البدع "[2].

وبين شيخ الإسلام بن تيمية (رحمه الله) أن الذي أنكره أحمد هو إجماع غير الصحابة، حيث ثبت احتجاجه بإجماع الصحابة، يقول في المسودة: " الذي أنكره أحمد دعوى إجماع المخالفين بعد الصحابة أو بعدهم وبعد التابعين أو بعد القرون

---

(١) العدة في أصول الفقه (٤/ ١٠٦٠).

(٢) التمهيد في أصول الفقه (٣/ ٢٤٨-٢٤٩).

الثلاثة المحمودة، ولا يكاد يوجد في كلامه احتجاج بإجماع بعد عصر التابعين أو بعد القرون الثلاثة مع أن صغار التابعين أدركوا القرن الثالث، وكلامه في إجماع كل عصر إنما هو في التابعين.

ثم هذا منه نهي عن دعوى الإجماع العام النطقي وهو كالإجماع السكوتي أو إجماع الجمهور من غير علم بالمخالف "[1].

وأشار ابن النجار الفتوحي إلى ما روى عن الإمام أحمد في ذلك وأنه إنكار لثبوت الإجماع، فقال بعد أن ذكر أن النظام وبعض الرافضة أنكروا ثبوت الإجماع: " وروى عن الإمام أحمد (رضي الله عنه)، وحمل على الورع أو على غير عالم بالخلاف أو على تعذر معرفة الكل، أو على العام النطقي أو على بعده أو على غير الصحابة لحصرهم وانتشار غيرهم "[2].

ويمثل هذا نقل ابن بدران تخريج ما ظهر من هذه الروايات، فقال: " وحكى أصحابنا أنه روى عن الإمام أحمد إنكار الإجماع، واعتذر عنه بأنه محمول على الورع أو على غير عالم بالخلاف أو على تعذر معرفة الكل أو على العام النطقي إلى غير ذلك من الاعتذارات "[3].

---

(١) المسودة (٣١٦).

(٢) شرح الكوكب المنير (٢/ ١٣).

(٣) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد بن حنبل (٢٧٩).

ونقل ابن الحاجب في المختصر أن قول أحمد (رحمه الله) من ادعى الإجماع فهو كاذب استبعاد لوجوده[1].

وفي شرح العضد للمختصر: " فإن قيل: فقد قال أحمد وهو من جملة الأئمة من ادعى الإجماع فهو كاذب، قلنا: هو منه استبعاد لوجوده، أو للاطلاع عليه ممن يزعمه دون أن يعلمه غيره، لا إنكار لكونه حجة "[2].

وحمله ابن الهمام في كتابه التحريرعلى أنه يبعد أن ينفرد ناقله بالاطلاع على هذا الإجماع وحده دون غيره، يقول في الكتاب المذكور " ويحمل قول أحمد من ادعاه (يعني الإجماع) كاذب على استبعاد انفراد اطلاع ناقله "[3].

وأضاف ابن أمير الحاج في شرحه للتحرير أن أصحاب الإمام أحمد قالوا، إنما قال أحمد ذلك على جهة الورع لجواز أن يكون هناك خلاف لم يبلغه، أو قال هذا في حق من ليس له معرفة بخلاف السلف ؛ لأن أحمد أطلق القول بصحة الإجماع في مواضع كثيرة.

ونقل عن ابن تيمية والأصفهاني إلى أنه أراد غير إجماع الصحابة، أما إجماع الصحابة فحجة معلوم تصوره لكون المجمعين ثمة في قلة والآن في كثرة وانتشار.

---

(١) مختصر ابن الحاجب، مع شرح العضد بحاشية التفتازاني (٢/ ٣٠).

(٢) شرح العضد، مع حاشية التفتازاني (٢/ ٣٠).

(٣) التحرير في أصول الفقه، مع التقرير والتحبير (٣/ ٨٣).

ونقل أيضاً عن ابن رجب (رحمه الله) (ت ٧٩٥هـ) : إنما قاله إنكاراً على فقهاء المعتزلة الذين يدعون إجماع الناس على ما يقولونه وكانوا من أقل الناس معرفةً بأقوال الصحابة والتابعين، وأحمد لا يكاد يوجد في كلامه احتجاج بإجماع بعد التابعين. أو بعد القرون الثلاثة [١] .

وعلى نحو ما تقدم حمله محمد بخيت المطيعي (ت ١٣٥٤هـ) في سلم الوصول إلى نهاية السول، يقول: " وقول الإمام أحمد محمول على انفراد اطلاع ناقله، فإن الإجماع أمر عظيم يبعد كل البعد أن يخفى على الكثير ويطلع عليه الواحد، أو محمول على حدوثه فإن كثرة العلماء والتفرق في البلاد الغير معروفين يريب في نقل اتفاقهم، فإنه احتج به في مواضع كثيرة، فلو لم ينقل إليه لما ساغ له (رضي الله عنه) الاحتجاج به " [٢] .

ومما تقدم من أقوال العلماء يتبين لك أنهم خرجوا كلام الإمام أحمد وحملوه على محامل، هي:

١- حمل كلامه على نفي الإجماع الذي يحكيه من ليس له معرفة بالخلاف .

وهذا المحمل ذكره القاضي أبو يعلي [٣] ، وتلميذه أبو الخطاب [٤] ، وابن أمير

(١) انظر: التقرير والتحبير (٣/ ٨٣).

(٢) سلم الوصول، مع نهاية السول (٣/ ٢٤٤-٢٤٥).

(٣) العدة في أصول الفقه (٤/ ١٠٦٠).

(٤) التمهيد في أصول الفقه (٣/ ٢٤٨).

الحاج الحنفي[1] ، وابن النجار الفتوحي[2] ، وابن بدران[3] .

ويظهر هذا المحمل في قوله في رواية أبي الحارث عن الإمام أحمد ، "قال : لا ينبغي لأحد أن يدعي الإجماع لعل الناس اختلفوا"[4] .

ومدلوله : أن الإجماع المنفي هو المحكي مع احتمال وجود مخالفين ، أي أن من حكاه لم يكن عارفاً بوجود هؤلاء ، فيكون الإجماع ادعاء وليس حقيقة .

أما إذا كان جازماً باتفاق الجميع وعدم وجود المخالف فلا يكون منفياً .

٢- حمل كلامه على الورع :

وحمل عليه القاضي أبو يعلي - أيضاً - وأبو الخطاب ، وابن أمير الحاج ، وابن النجار ، وابن بدران[5] .

وهذا الحمل يظهر في قوله في رواية أبي طالب : " ما أعلمه أن الناس مجمعون ، ولكن يقول : لا أعلم فيه اختلافاً فهو أحسن من قوله إجماع الناس[6] .

---

(١) التقرير والتحبير شرح التحرير (٣/ ٨٣) .

(٢) شرح الكوكب المنير (٢/ ٢١٣) .

(٣) المدخل إلى مذهب الإمام أحمد (٢٧٩) .

(٤) نقلها القاضي أبو يعلي في العدة (٤/ ١٠٦٠) ، وأبو الخطاب في التمهيد (٣/ ٢٤٧) ، ومجد الدين بن تيمية في المسودة (٣١٦) .

(٥) انظر المصادر نفسها .

(٦) نقلها أبو يعلي في العدة (٤/ ١٠٦٠) ، والمجد بن تيمية في المسودة (٣١٦) .

الشاهد هنا في قوله : فهو أحسن حيث يدل على تورعه من إطلاق هذا اللفظ واحترازه من التصريح بالإجماع مع عدم الجزم في ذلك عند إطلاقه .

٣- حمل كلامه على دعوى الإجماع العام النطقي .

وذلك أن هذا النوع من الإجماع بعيد تحققه مع تفرق الناس وانتشارهم، حيث يبعد تصور النطق من الجميع بالحكم المجمع عليه، والاطلاع على ذلك .

وعلى هذا لا يكون الإمام أحمد قد نفى الإجماع بإطلاق وإنما نفى نوعاً منه، و ما عداه ليس كذلك، فالإجماع الذي يتصور في كل عصر كأن لا يعلم مخالف للقول المشهور يثبته ويقول به ؛ إذ يمكن تحققه .

٤- حمل كلامه على إجماع غير الصحابة :

وذكر هذا المحمل شيخ الإسلام ابن تيمية[1]، وابن النجار[2] ويظهر من خلال الجمع بين الروايات التي تدل على احتجاج الإمام أحمد بالإجماع والروايات الأخرى التي ظاهرها إنكاره للإجماع .

وقد احتج (رحمه الله) بإجماع الصحابة في رواية عبدالله وأبي الحارث في الصحابة إذا اختلفوا لم يخرج من أقاويلهم أرأيت إن أجمعوا، له أن يخرج من أقاويلهم ؟ هذا قول أهل البدع، لا ينبغي أن يخرج من أقاويل الصحابة إذا

(١) المسودة (٣١٦).

(٢) شرح الكوكب المنير (٢/ ٢١٣).

اختلفوا "[1].

وكذا في رواية الحسن بن ثواب عن الإمام أحمد (رحمه الله) قال:

" اذهب في التكبير من غداة يوم عرفة إلى آخر أيام التشريق، فقيل له: إلى أي شيء تذهب ؟ قال: بالإجماع عمر وعلي وعبدالله بن مسعود وعبدالله بن عباس "[2].

وهذا الاحتجاج لأن الصحابة يمكن حصرهم، ولم يتفرقوا بعد في الأقطار بحيث لا يمكن معرفتهم، كما حدث في العصور التالية.

وما ورد من روايات ظاهرها الإنكار لا ينطبق على إجماع الصحابة ؛ إذ إن قوله: " لعل الناس اختلفوا " غير متحقق في الصحابة، حيث إن معرفة اختلافهم أمر يسير يمكن الإطلاع عليه، أما من جاء بعدهم فلا يمكن الإطلاع عليه بيسر وسهولة.

٥- حمل كلامه على استبعاد انفراد اطلاع ناقله عليه. وذكر ذلك عضد الدين الإيجي (ت ٧٥٦ هـ)[3]، وكمال الدين بن الهمام[4]، ومحمد بخيت المطيعي[5].

(١) هذه الرواية نقلها القاضي أبو يعلى في العدة (٤/ ١٠٥٩)، والمجد بن تيمية في المسودة (٣١٥)، ونقل نحوها أبو الخطاب في التمهيد (٣/ ٢٤٩).

(٢) وهذه الرواية نقلها القاضي أبو يعلى في العدة (٤/ ١٠٦٠)، والمجد بن تيمية في المسودة (٣١٦).

(٣) شرح عضد الدين على مختصر ابن الحاجب، مع حاشية التفتازاني (٢/ ٣٠).

(٤) التحرير في أصول الفقه، مع التقرير والتحبير (٣/ ٨٣).

(٥) سلم الوصول، مع نهاية السول (٣/ ٢٤٤).

وهذا ظاهر في رواية عبدالله بن أحمد عند قوله :

"لعل الناس اختلفوا" [1]، وكذا في الروايات الأخرى وردت هذه العبارة وهي تشير إلى احتمال اختلاف الناس، فكيف ينفرد من حكى الإجماع بالإطلاع عليه دون غيره، ولو كان إجماعاً معتبراً لنقله الجمع الذي يستحيل تواطؤهم على الكذب.

المبحث الرابع
في مناقشة الاحتمالات التي تخرج عليها روايات الإنكار والترجيح ذلك

وإذا نظرنا في هذه الاحتمالات التي ذكرها العلماء والوجوه التي ترجحها، نجد أنه يمكن أن يرد عليها مناقشات تضعف جانب الاحتمال ؛ ولنأتي الآن على ما يمكن أن يناقش به كل احتمال :

١- فحمل كلامه على نفي الإجماع الذي يحكيه من ليس له معرفة بالخلاف، يمكن أن يقال فيه :

إن الإمام أحمد (رحمه الله) صرح في رواية أبي الحارث بقوله : " لا ينبغي لأحد أن يدعي الإجماع، لعل الناس اختلفوا "[2]. فهنا لفظ أحد عام يشمل الجميع من ليس له معرفة بالخلاف ومن له معرفة، وتخصيصه بمن

---

(١) مسائل الإمام أحمد، رواية ابنه عبدالله بن أحمد (٤٣٨-٤٣٩).

(٢) سبق توثيق هذه الرواية في موضع سابق من البحث.

ليس له معرفة يحتاج إلى دليل، ولا دليل هنا.

٢- وأما حمله على الورع، فيمكن أن يقال فيه بعدم التسليم ؛ لأن الورع لا يكون في إثبات أو نفي حكم شرعي، والإثبات أو النفي هنا إنما يكون بالأدلة الشرعية المعتبرة.

وقول الإمام أحمد في رواية أبي طالب: " ما أعلمه أن الناس مجتمعون ولكن يقول لا أعلم فيه اختلافاً فهو أحسن من قوله إجماع الناس "[1] لا يكفي دليلاً لهذا الاحتمال ؛ إذ إن التفضيل هنا يكون لتحديد العبارة الدالة على حكاية الحال والواقع، وحاله هنا أنه لم يعلم اختلافاً ؛ لا أنه سمع من الناس جميعاً اتفاقهم على هذا الحكم.

٣- وأما حمله على إجماع غير الصحابة فليس في نص الروايات ما يساعد على الحمل عليه ؛ إذ إن الكلام فيها على الإجماع بعامة ؛ فيدخل إجماع الصحابة وغيره.

نعم في القرائن الخارجية ما يدل على هذا الاحتمال ؛ حيث ثبت أن الإمام أحمد يحتج بإجماع الصحابة، دون من جاء بعدهم، وجاء ما يدل على إنكار الإجماع، فيحمل حينئذ على الإجماع الذي لم يأخذ به، وهو احتمال قوي من هذا الوجه.

(١) سبق توثيق هذه الرواية في موضع سابق من البحث.

٤- وكذا حمله على دعوى الإجماع العام النطقي، يمكن أن يقال بأن نص الروايات ليس فيها ما يدل على تقييده بهذا النوع من الإجماع غير أن القرائن الخارجية يمكن أن تؤيد هذا الاحتمال ؛ وذلك إذا علمنا احتجاجه بالإجماع في مسائل وعرفنا أن الإجماع العام النطقي هو المستبعد حصوله ؛ فحينئذ نحمل ما ورد من عبارات يفهم من ظاهرها إنكار الإجماع على هذا النوع المستبعد حصوله.

٥- وأما حمل كلامه على استبعاد انفراد اطلاع ناقله عليه. فيمكن أن يعود إلى المحمل الأول الذي ذكرناه وهو حمل كلامه على نفي الإجماع الذي يحكيه من ليس له معرفة بالخلاف من جهة أن الذي ينفرد بادعاء الاطلاع على الإجماع دون غيره فإنه يكون ممن لا يعرف الخلاف، ويمكن أن يقال بعبارة أخرى إن الذي لا يعرف الخلاف يمكن أن يدعي الاطلاع على الإجماع وينفرد به.

كما أنه يجوز أن يقال بأنه يعود إلى محمل آخر وهو حمله على إجماع غير الصحابة، حيث يستبعد فيه انفراد واحد في الاطلاع عليه.

ويجوز أن يعود إلى محمل دعوى الإجماع العام النطقي وذلك أن معرفة هذا النوع من الإجماع مما يستبعد فيه انفراد واحد في الاطلاع عليه.

الترجيح:

وبعد التأمل والنظر في هذه الاحتمالات التي أوردها العلماء، ووجه كل احتمال مع ما يمكن أن يرد عليه من مناقشة، يظهر لي أن الترجيح لا يكون لواحد دون ورود المحمل الآخر قطعاً، إذ إنه قد يرد الاحتمالان ويكمل أحدهما الآخر في موضع واحد وهو ما يتجه هنا.

وعلى هذا نقول إن ترجيح واحد من هذه الاحتمالات دون ورود المحمل الآخر غير سديد.

وهذا ما يتوافق مع ما يورده بعض العلماء حيث يذكر احتمالين ويعرضهما مبتدئاً الاحتمال الثاني، بصيغة أو التي تفيد التردد، ولا يقول بالترجيح لتردد الاحتمال بينهما؛

يقول القاضي أبو يعلي: "وظاهر هذا الكلام أنه قد منع صحة الإجماع وليس ذلك على ظهره، وإنما قال هذا على طريق الورع، نحو أن يكون هناك خلاف لم يبلغه.

أو قال هذا في حق من ليس له معرفة بخلاف السلف؛ لأنه قد أطلق القول بصحة الإجماع في رواية عبدالله وأبي الحارث"[1]. ويقول أبو الخطاب: "أما كلام أحمد أراد به في حق من لا معرفة له بأقوال الناس ولا عناية له بالاستخبار عن

(١) العدة في أصول الفقه (٤/ ١٠٦٠).

المذاهب، إذا قال ذلك فهو كذب كبشر والأصم، أو قال ذلك على وجه الورع. "[1].

وقد يذهب البعض إلى ترجيح أحدها، وهو ما فعله أحد الدارسين المعاصرين، حيث رجح حمله على استبعاد انفراد ناقله بالاطلاع ؛ لقربه من الفهم ولتبادره إلى الذهن أخذاً من قوله " لعل الناس اختلفوا " ؛ فإن الإجماع إذا كان منقولاً بالتواتر لم يمكن أن يقال فيه مثل هذا القول[2].

وهذا المحمل وإن كان قريباً إلا أن محامل أخرى قريبة أيضاً، ألا ترى إلى احتمال الورع فإنه قريب كما هو مشهور عن الإمام أحمد (رحمه الله تعالى)، وبخاصة إذا علمنا أنه احتج بالإجماع في مسائل وتوقف حينما انتشر الناس وكثروا فصار معرفة اتفاقهم بعيداً، فهنا يكون التورع مانعاً من الجزم بوجود الإجماع.

كما أننا نجد أن حمله على إجماع غير الصحابة قريب أيضاً، وهذا إذا استحضرنا أنه احتج بالإجماع القائم في وقت الصحابة ولم يحتج بما يحكي بعد عصرهم، فيحمل الكلام على أنه فيما عدا ذلك .

والأولى أن يقال - وقد علمنا أخذ الإمام أحمد بالإجماع واعتباره في الاحتجاج به في ثبوت الأحكام الشرعية - أن هذه المقالة التي رويت عنه تحمل على أنه - لما عرف عنه (رحمه الله تعالى) من ورع - يستبعد انفراد ناقله بالاطلاع على

(١) التمهيد(٣/ ٢٤٨).

(٢) انظر: محمد محمود فرغلي: حجية الإجماع وموقف العلماء منها (٩٧).

الإجماع في غير وقت الصحابة، حيث كثر الناس، والشأن به أن يكون نقله ثابتاً عن جماعة يحتج بقولهم، فإذا انفرد البعض بالنقل صار ذلك دالاً على أن ثبوت هذا الإجماع محل نظر ومثار إشكال لا ينبغي حينئذ التسليم به.

هذا ما يترجح في رواية الإمام أحمد (رحمه الله) التي ظاهرها إنكار الإجماع، وليس الأمر - في الواقع - كذلك، كما سبق أن قررناه. والله أعلم وصلى الله وسلم على نبينا محمد.

الخاتمة

وبعد: فإن هذا البحث قد انتهينا فيه إلى النتائج الآتية أذكرها مرتبة حسب ورودها في ثنايا البحث:

١- ففي التمهيد، في مبحثه الأول عرفنا أن الإجماع في اللغة الاتفاق، وفي الاصطلاح، الأولى أن يقال فيه: " هو اتفاق مجتهدي أمة محمد (صلى الله عليه وسلم) بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من أمور الدين".

٢- وفي مبحثه الثاني عرفنا أن للإجماع منزلة كبيرة؛ إذ إنه الدليل الثالث من أدلة التشريع، وأنه يأتي رتبته بعد الكتاب والسنة، وهو ما جرى عليه سلف هذه الأمة وعلماؤها.

٣- وفي الفصل الأول، المبحث الأول علمنا أن تصور انعقاد الإجماع مختلف فيه وأنه لا يدخل في محل الخلاف حكم معلوم من الدين بالضرورة؛ إذ إن هذا النوع متصور وجود الإجماع فيه ولا نزاع في هذا والخلاف فيما عدا ذلك من المسائل الشرعية؛ وأن الراجح أن الإجماع ممكن عادة ومتصور انعقاده ووجوده.

٤- وفي المبحث الثاني منه عرفنا أن من قال بأن الإجماع متصور انعقاده قد اختلفوا في إمكان العلم به في الواقع، وأن ذلك الخلاف يمكن حصره في

ثلاثة مذاهب عند الأصوليين، أحدها: أنه يمكن العلم به، والثاني: أنه لا يمكن العلم به، والثالث: فصلوا في ذلك، وهم على فريقين، أحدهما: قال إنه يمكن العلم به في عصر الصحابة دون غيره من الأعصار، والثاني: قالوا إنه يمكن العلم به في القرون الثلاثة، وانتهينا في ذلك إلى أن الراجح القول بأنه يمكن العلم بالإجماع؛ وبذلك ينتفي ما يردده البعض بأن هذا الإجماع الذي يحتج به الأصوليون غير ممكن، ويتقرر أن دعواهم غير صحيحة.

٥- وفي الفصل الثاني، المبحث الأول بيّنّا أن الأصوليين اضطرب نقلهم لقول الإمام أحمد؛ فمن قائل إنه يحتج بالإجماع، ومن قائل إنه لا يحتج، ومن قائل إنه نقل عنه روايتان.

٦- وفي المبحث الثاني من هذا الفصل نقلنا في المطلب الأول نصوص الروايات الدالة على إثبات الإمام أحمد للإجماع، وفي المطلب الثاني نقلنا نصوص الروايات التي ظاهرها إنكار الإجماع.

٧- وفي المبحث الثالث ذكرنا تخريجات العلماء للروايات التي ظاهرها إنكار الإجماع وظهر لنا أنها تجتمع في خمسة محامل يمكن أن تخرج بها هذه الروايات.

٨- وفي المبحث الرابع أتينا بمناقشات يمكن أن ترد على الاحتمالات التي خرّج بها العلماء الروايات التي ظاهرها الإنكار، وتبيّن لنا أن الصحيح أن الإمام

أحمد يحتج بالإجماع، وأن الرواية المنقولة عنه تحمل على استبعاد انفراد ناقله بالإطلاع على إجماع غير الصحابة حيث كثر الناس، وذلك تورعاً منه (رحمه الله) في الاستعجال بحكاية الإجماع مع استبعاده.

وبذلك ينتفي - أيضاً - ما ينسبه البعض إلى الإمام أحمد (رحمه الله) في هذا الموضوع من إنكار للإجماع، وأن الصحيح أنه يحتج بالإجماع ويقرره دليلاً شرعياً.

هذا ما انتهينا إليه، والحمد لله في أوله وآخره، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

Vision of Concensus, and Imam Ahmed's Investigation There of

By

Dr. Ahmed bin Mohammaed Al Ankary

Teacher at Al Sharee'ah College in Riyadh

imam Mohammaed Bin Saud Islamic University

The subject of this research is the Ijmah (consensus) which is the third evidence from the unanimous evidence of legal rules. It explains if it's true that Imam Ahmed denies the occurrence of ljmah (consensus), as is understood by some from his statements.

Also this reseatrch includes an introduction, two chapters and a conclusion.

The introduction:

1. In the first topic we defined that consensus, in linguistic terms, means agreement. Whilst in Islamic terms it is more correct to say that it is an agreement about a religious matter made by pious Muslim scholars in the time after the prophet's (SAW) death until the present day.
2. in the second topic we clarified the great position of Ijmah (consensus) as the third evidence of Allah's legislative evidences, after the Quran and the Sunnah. This was the opinion of the earliest Muslims and scholars (the Salaf of this Ummah).

The First Chapter:

3. in the first topic we mentioned that there is no complere agreement about the occurrence of limah (consensus) in legal matters except regarding matters about which it's rules are already known (Such as the pillars of islam;pray, Fasting, Zakah, Hajj) and there is no argument about those matters. However, the most frequent opinion is that Ijmah (consensus) can occur.
4. In the second topic we clrified that those who agreed with the occurrence of Ijmah (consensus) had differed in the possibility of knowing if it actually occurred in reality or not.

However, the Osouleen)Scholars in the field of Islamic law principles) had limited these differences to three schools or madhabs. These are:

- It can be known.
- It cannot be known.
- It can be known only certain times, and these were divided into two groups. One said it can be known only in the ago of the prophet's (SAW) Companions and not at any other time. The second said that it could be known in the first three generations.

We concluded that the most frequent opinion if the first. In this way we denied what some people said about the impossibility of Ijmah (consensus) occurring as the Osooleen considered as it proof.

The Second Chapter

5. In the first topic we clarified that the Osooleen had some discrepancies in reporting what Imam Ahmed said. ome said that he considered the Ijmah (consensus) while others said not. There are also some tht said that both are
   correct.
6. In thw second topic we related some versions of Imam Ahmed which indicated that he adopted the Ijmah (consensus), while in the second point we related some version in which it appears that he denies the Ijmah (consensus).
7. In the third tolic we mentioned the scholars interpretation of the versions apparently denying Ijmah (consensus). It becomes obvious to us that there are five awas to interpret these versions.
8. In the fourth topic we brought some objections about the previous five ways. So it becomes obvious in fact that Imam Ahmed considers Ijmah (consensus). And the reports related from him explain that Imam Ahmed considers it extremely difficult to achieve Ijmah other than that of the Comanions. The reason for this being both the greater numbers of thw Ummah and the wide distances separating them.

Conckusion:

Thus it denies what some peope say about Imam Ahmed on the subject of denyying Ijmah (consensus) and the fact is that he considers Ijmah (consensus) as a proof and adppted it as legal evidence.

Alhamdulillah first and last. Peace and blessings on the Prophet Mohammed (SAW) and his companions.



دور القضاء الإداري
في تحديد أسباب القرار المطعون فيه

إعداد

علي خطار شطناوي *

---

* أستاذ القانون العام المشارك بكلية الحقوق بالجامعة الأردنية بالمملكة الأرنية الهاشمية.

تقديم:

يتعين على الخصوم في الدعوى أن يتحملوا عبء إثبات ادعاءاتهم، فهم الذين قدموا الدعوى بغية حماية حقوقوم ومصالحهم المشروعة وعدم المساس بالمراكز القانونية التي يشغلونها. لذا يتعين عليهم تقديم الأدلة الكافية لتكوين عقيدة القاضي وقناعته بصحة مايدعون، هكذا يتعين على أطراف الخصومة أن يضعوا القضاء بوضع وحالة تسمح له بالفصل في نزاعهم، وتمكينه من أداء مهماته القضائية التي أنيطت به دستورياً.

ولاشك أن تكليف الخصوم بإقامة الدليل على صحة ادعاءاتهم يثقل كاهلهم، لكنهم يُسهمون في مساعدة القضاء ومعاونته على أداء مهماته القضائية، فبدون هذه المساعدة من المتقاضين يصعب بل يستحيل على القضاء أن يفصل في المنازعات القضائية، فهي معاونة ضرورية ولازمة لأداء الوظيفة القضائية. كما أن إلزام الخصوم بإثبات صحة ادعاءاتهم لايعني إطلاقاً حلولهم محل القضاء، بل هو مجرد تكليف قانوني يلزمهم فقط بتوضيح المسائل والنقاط الواقعية المتنازع عليها، فيلقي كل خصم في الدعوى الضوء على وضعه الخاص أمام القاضي الذي يعلم القانون ويعرفه حق المعرفة. وعليه لاينصب عبء الإثبات إطلاقاً على العناصر القانونية، بل على المسائل الواقعية. فالقانون يجب أن يتلاءم ويتواءم مع الحالة الواقعية المحددة. كما أنه واجب التطبيق بقوة على جميع المنازعات التي تندرج ضمن ذات الفئة أو

الطائفة الواحدة .

وبناءً عليه يتعين على الخصوم في الدعوى أن يقدموا الدليل على الوقائع فقط . ولكن عبء إقامة هذا الدليل يقع على كاهل المدعي استناداً للقواعد الأصولية في مجال الإثبات . فالبينة على من ادعى واليمين على من أنكر .

وتبرر هذه القاعدة الأصولية بسلطة المبادرة التي يتمتع بها المدعي ، فتعد الدعوى من حيث الواقع ثمرة فعله ونشاطه ، وبذا وجد المدعى عليه نفسه أمام القضاء برغبة المدعي ونشاطه . وهكذا استهدف المدعي من مبادرته الذاتية التي اتخذها استقلالاً تعديل أو تغيير الوضع القائم على إقامة الدعوى لصالحه ، لهذا تُعد إقامة الدعوى القضائية فكرة متناقضة مع قاعدة استقرار المراكز القانونية . فهما فكرتان متناقضان تستهدفان تحقيق غايات متعارضة .

وتفريعاً عما سبق يتعين على الخصم الذي يدعي شيئاً أمام القضاء أن يقدم الدليل الذي يثبت صحة ادعائه ، فعليه يقع عبء الإثبات ، لهذا لاترد ادعاءات الخصم قضائياً إلا في الحالات التي لم يتمكن من إثباتها . كما أن القول بأن عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي لايعني بالضرورة أن يقيم الدليل كاملاً على صحة ادعاءاته . وعلة ذلك أن الخصم أو الخصوم في الدعوى يدعون وقائع أخرى مغايرة ومتناقضة ، فيتوجب عليهم أيضاً إثباتها . وعليه لايقصد بقاعدة البينة على من ادعى أن يلقى عبء الإثبات كاملاً على كاهل المدعي ، بل يقصد بها فقط أن يؤدي غياب

أوعدم كفاية الأدلة التي قدمها المدعي إلى عدم تكوين عقيدة القاضي واقتناعه بصحة ادعاءاته[1]. وعليه تصبح النتيجة الوحيدة لقاعدة البينة على من ادعى هي رفض ادعاءات الشخص قضائياً إذا لم تكن تلك الادعاءات ثابتة بصورة كاملة.

ولاشك أن الشخص سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً هو المدعي أمام القضاء الإداري، وبذا يعتبر إلزامه بعبء الإثبات استناداً للقاعدة الأصولية (البينة على من ادعى) عملية صعبة وشاقة، بل مستحيلة في معظم الأحيان، فعدم المساواة في مراكز خصوم المنازعة الإدارية يجعل إعمال تلك القاعدة الأصولية ضرباً من ضروب الخيال. فالإدارة هي الجهة التي تحوز جميع المعلومات والوثائق التي يعتمد عليها المدعي في إثبات صحة دعواه، كما أن تطبيق تلك القاعدة الأصولية على إطلاقها في المنازعات الإدارية يؤدي إلى إعفاء الإدارة المدعى عليها غالباً من عبء إقامة الدليل.

ويضاف إلى ذلك أن المدعي في منازعات الإلغاء لايدخل في علاقات مع الإدارة مصدرة القرار، فهو شخص ثالث وغريب عن القرار المطعون فيه، فلم يشارك في إعداده حتى لو صدر القرار بناءً على طلبه. فلقد انفردت الإدارة كليةً في إصداره. وعليه يؤدي غياب هذه العلاقات بين الفرد العادي والإدارة إلى جعل عملية إقامة الدليل على عدم مشروعية القرار المطعون فيه عملية شاقة بل مستحيلة. فجميع الأدلة التي يمكن للمدعي جمعها وتقديمها وليدة النشاط الخارجي للإدارة فقط، فمن

(١) Ch. Debbasch et j.Ricci: contentieux administatif, paris, D, 1985, No 508.

المظاهر الخارجية لسلوك الإدارة يمكن للمدعي أن يجمع بعض الأدلة على عدم مشروعية قرارها، لكنها أدلة قد لاتكون كافية لتكوين عقيدة القاضي واقتناعه بعدم المشروعية، لهذا لا مناص من اللجوء إلى فكرة الادعاءات التي لم تكذبها الإدارة لحملها على إبراز الأدلة التي يمكن للمدعي أن يستخلصها من نشاطها الداخلي. لهذا قيل وبحق أن القاعدة الأصولية (البينة على من ادعى) تطبق في المنازعات المدنية والإدارية على حد سواء، لكنها صححت وصوبت لصالح المتعامل مع الإدارة بفضل الطابع الإيجابي لإجراءات التقاضي الإدارية. فيتمتع القضاء الإداري بصلاحيات واسعة لإلزام الإدارة على إبراز الوثائق والمستندات والإفصاح عن أسباب القرار حتى في الحالات التي لاتكون فيها ملزمة قانوناً بتسبيبه، كما قد تصل صلاحية القضاء إلى حد تهديدها بقلب عبء الإثبات[1].

وبالنظر لأهمية صلاحية القضاء الإداري في تحديد أسباب القرار المطعون فيه لممارسة رقابته على مشروعية القرارات الإدارية وأداء وظيفته القضائية، وما يمثله من معاونة قضائية للمدعي لإقامة الدليل على صحة ادعاءاته، نقترح بحث هذا الموضوع المهم وفق أحكام الخطة التالية:

(1) A.de Laubadere: Traite de droit administratif, paris, L.G.D.J, 1984, Tome.I No 1204.
وفي موضوع عبء الإثبات أمام القضاء الإداري، انظر الدكتور مصطفى كمال وصفي، أصول إجراءات القضاء الإداري، القاهرة، مطبعة الأمان، ١٩٧٨، ص٥٣٣ ومابعدها.

المبحث الأول: أهمية تسبيب القرارات الإدارية.

المبحث الثاني: إفصاح الإدارة عن أسباب قرارها.

المبحث الثالث: صلاحية القضاء في تحديد أسباب القرار المطعون فيه.

المبحث الرابع: صلاحية القضاء في إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار المطعون فيه.

المبحث الأول

أهمية تسبيب القرارات الإدارية

تحتل الرقابة القضائية على أسباب القرار الإداري أهمية كبيرة في وقتنا الحاضر خصوصاً بعد أن استقل عيب السبب عن بقية العيوب التي يمكن أن تشوب القرار الإداري. لهذا أثارت هذه الرقابة جدلاً فقهياً حاداً تباينت بصدده الآراء بين مؤيد ومعارض؛ فقد حاول جانب من الفقه تبرير هذه الرقابة وإيجاد أساس قانوني يسمح بفهم الحلول القضائي واستيعابها وتأصيلها بصورة مبادىء وأحكام عامة.

وتعرف أسباب القرار الإداري بأنها مجموعة العناصر القانونية والواقعية التي تدفع وتقود رجل الإدارة إلى التصرف، فيتعين على هذا الأخير الاستناد إلى قاعدة قانونية مكتوبة أو مبدأ من المبادىء العامة للقانون، أو حالة واقعية معينة، وبذا يُعد

القرار الإداري نتيجة وخلاصة لهاتين الطائفتين من الأسباب[1]. وتعرف الأسباب أيضاً بأنها الأسباب السابقة على القرار الإداري[2]. كما تعرف بأنها حالة واقعية معينة أو عمل قانوني أو مادي يدفع لإصدار القرار ويشكل سبب وجوده[3].

ونحن نعتقد بأن أسباب القرار الإداري هي مجموعة العناصر القانونية والواقعية الموضوعية التي تحدث أولاً وتوحي لصاحب الاختصاص أن بإمكانه التدخل وإصدار قرار إداري معين. وعليه يُعد إصدار القرار واجباً قانونياً ملقى على كاهل رجل الإدارة وليس حقاً شخصياً يمارسه وفق رغباته الشخصية المحضة. فإذا خول القانون رجل الإدارة صلاحية إصدار قرارات إدارية معينة، فلا يملك ممارسة هذه الصلاحية القانونية في أي وقت يشاء وكيفما يشاء، بل يجد صلاحيته مقيدة بضرورة توافر واقعة أو مجموعة معينة من الوقائع التي يتوقف على تحققها إصدار القرار، وبذا يتوقف إصدار معظم القرارات الإدارية الفردية على توافر وقائع معينة تشكل ركن السبب فيها.

وتتميز أسباب القرار الإداري بأنها سابقة لإصدار القرار الإداري، وبذا يتوقف إصداره على حدوث وقائع معينة تُعد الشرط الأساسي اللازم لإصدار القرار

(١) J. Auby et R. Drago: Traite de contentieux administratif, paris, L.D.G.J, 1948, Tome. ,No 1254.

(٢) A. mestre: le controle des motifs, in Repertoire de contentieux administratif.

(٣) Bonnard: lepouvoir discretionnaire des autorites administrative et le recour pour exces de pouvoir, R.D.P, 1923, p 362.

ومشروعيته. لهذا يتعين أن تكون هذه الأسباب سابقة لإصدار القرار، أو أن تكون قائمة وموجودة حين إصداره على أقل تقدير، بحيث يُعد وجودها شرطاً لمشروعية القرار نفسه[1]. هكذا تتميز الأسباب بأنها عناصر خارجية وموضوعية ومستقلة عن مصدر القرار، وبذا تختلف عن بواعث إصداره، أي الغاية التي يستهدف مصدر القرار تحقيقها منه، فهي عنصر شخصي داخلي لصيق بمصدر القرار. فالغائية والشخصية هما سمتا ركن الغاية في القرارات الإدارية.

ولاشك أن إعلان الأسباب القانونية والواقعية في صلب القرار الإداري نفسه يسهل الرقابة القضائية على تلك الأسباب التي أصبحت تشكل ركناً قائماً بذاته ومستقلاً عن بقية الأركان الأخرى، خصوصاً ركن الغاية. لهذا قيل أن الرقابة القضائية تقتضي أن يكون القضاء الإداري ملماً بأسباب القرار حتى يستطيع أن يبسط رقابته عليها[2]. ناهيك عما يحققه تسبيب القرارات الإدارية من حماية لحقوق الأفراد وحرياتهم؛ إذ أن أشد أنواع الظلم أن تصدر الإدارة قرارات إدارية تنطوي على مساس بحقوق الأفراد وحرياتهم، تصل لقمة العيش أحياناً، كالقرارات الصادرة بفصل الموظفين، دون أن يعلم الأشخاص أسباب القرار الإداري الصادربحقهم.

(١) M. Waline: etendue et limites du controle duiyge administratif sur les a ctes administratifs, (Conseil d'Etat, etudes et documents) 1965, p25.

(٢) الدكتور محمد حسنين عبدالعال، فكرة السبب في القرار الإداري ودعوى الإلغاء، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٧١، ص٩٢.

ويعد تسبيب القرارات الإدارية ضمانة مهمة لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم ، بحيث يعتبر التسبيب شكلية جوهرية يترتب على تخلفها بطلان القرار الإداري . فقد قضت محكمة العدل العليا ، "وحيث إن من المسلم به أن الإدارة ليست ملزمة بأن تذكر سبب تدخلها إلا حيث يحتم عليها القانون فيصبح التسبيب عنصراً من العناصر الشكلية الجوهرية ، التي يترتب على إغفائها بطلان القرار من ناحية الشكل "[1] ، هكذا يخلق تسبيب القرارات الإدارية نوعاً من الثقة المتبادلة بين الإدارة والأفراد المتعاملين معها ، ويمد جسور هذه الثقة بينهما بصفة دائمة ومنتظمة . ناهيك عن أن اعتبارات الديمقراطية السياسية والإدارية تقتضي أن يطلع ويعلم مصدر القرار الإداري الأفراد المعنيين به بالأسباب القانونية والواقعية التي حملته على إصداره .

ويؤدي تسبيب القرارات الإدارية إلى تقليل عدد دعاوى تجاوز حدود السلطة المقدمة إلى القضاء الإداري ؛ إذ يتمكن الأفراد بعد إعلامهم بالأسباب القانونية والواقعية من تقدير مدى نجاح هذه الطعون القضائية مقدماً ، فلن يقدموا طعناً قضائياً لمخاصمة القرار الإداري إذا كانت نسبة نجاحه ضئيلة بالنظر لما ينطوي عليه تقديم هذا الطعن من جهد ومال وطول وبطء في إجراءات التقاضي . لهذا يعدل الفرد عن تقديم دعوى تجاوز حدود السلطة ، إذا كانت الأسباب القانونية والواقعية مشروعة . ناهيك عن أن التسبيب الإجباري يحمل مصدر القرار على احترام مبدأ المشروعية ، ويقوده

(١) عدل عليا : ٢٦/١/١٩٧٦ ، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٦ ، ص٤٤٨ .

إلى عدم مخالفة القواعد القانونية[1] .

ويؤدي تسبيب القرارات الإدارية إلى تسهيل مهمة القضاء الإداري[2]، إذ يصعب عليه مراقبة مشروعية الأسباب القانونية والواقعية التي يقوم عليها القرار الإداري المطعون به إذا كان يجهل هذه الأسباب، لهذا يتعين أن يكون بمقدور القضاء الإداري إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قراراتها، وهو ما عبر عنه مفوض مجلس الدولة السيد (Letourneur) في تقريره المقدم إلى مجلس الدولة في قضية (Barel) عن ذلك بقوله " ستكون الرقابة التي يمارسها القضاء الإداري على أسباب القرار رقابة نظرية مجردة من أي قيمة عملية، وتضحي مقولة أن قاضي تجاوز حدود السلطة يراقب الوجود المادي والقانوني لأسباب القرارات المطروحة عليه نوعاً من التظاهر والنفاق، إذا كان في وسع الإدارة وباختيارها أن تمتنع عن الإفصاح عن أسباب قرارها، فمثل هذا الحل لايمكن قبوله، لأنه مادمنا قد سلمنا بوجود الرقابة القضائية فيجب أن تمارس بطريقة فعالة "[3] .

وهو ما أكدته محكمة العدل العليا " وهنا يجب التفريق بين تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره، فالتسبيب

(١) R.Chapus: droit administratif geneal, No. 1139.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، القاهرة، دار الفكر العربية، ٩٧٧، ص٢٦٠ .

(٣) Conclusions du commissaire du gouvernement M. Letourneur, sous, C.E, 1954 , Barec, R. D.P, 1954, p. 509.

لايكون لازماً إلا حيث يوجبه القانون، أما السبب فيجب أن يكون قائماً وصحيحاً سواء أكان التسبيب لازماً أم غير لازم، كما هو الحال في هذه القضية لما في ذلك من إتاحة الفرصة لتمكين المحكمة من مراقبة مشروعية القرار، وبسط هيمنتها على صحته والتحقق من أن مثل هذا القرار قد استمدت اللجنة شرعيته من الأسباب التي بني عليها، طالما أن القانون قد أراد من هذه الأسباب أن تكون صخرة تبنى عليها المشروعية، وذلك لضمان عدم الانحراف والزوغ عن الجادة التي أرسى قواعدها قانون ساري المفعول»[1].

ويؤدي تسبيب القرارات الإدارية إلى تعديل السلوك الإداري، فتتعود الإدارة على احترام مبدأ المشروعية، لهذا يتعين على الإدارة اعتبار التسبيب سنداً وأساساً قانونياً لصلاحياتها وسلطاتها القانونية بدلاً من اعتباره قيداً على ممارسة تلك الصلاحيات، كما يؤدي التسبيب الإجباري إلى تضييق نطاق الصلاحية التقديرية التي تتمتع بها الإدارة العامة ومداها.

ويحمل التسبيب رجال الإدارة العامة على التأني في إصدار قراراتهم، وبحث أسبابها القانونية والواقعية بحثاً دقيقاً وموضوعياً، ويخلق مجموعة القواعد والضوابط التي تحكم حسن أداء العمل الإداري، ويخلق قواعد للأداء الإداري

(١) عدل عليا: ٢٨/ ٥/ ١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٩، ص١٦٢٩، وعدل عليا: ١٢/ ١/ ١٩٨٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، ص١٨١

السليم[1]، هكذا ينطوي التسبيب الإجباري على تهذيب لأخلاق الإدارة العامة؛ إذ يتعين على مصدر القرار الإداري بحث الأسباب القانونية والواقعية بحثاً دقيقاً وموضوعياً بعيداً عن التعصب والانفعال، ناهيك عن أن التسبيب لا يشكل عبئاً ثقيلاً للإدارة مادام أن أي قرار إداري يتوجب أن يستند إلى أسباب موجودة مادياً وصحيحة من الناحية القانونية.

المبحث الثاني

إفصاح الإدارة عن أسباب قرارها

يفصح مصدر القرار الإداري عن الأسباب القانونية والواقعية التي حملته على إصداره في عدة حالات مختلفة، فهناك حالات يكون مصدر القرار ملزماً قانوناً بالإفصاح عن هذه الأسباب، كما قد يفصح عن هذه الأسباب بمبادرة ذاتية منه دون أن يكون ملزماً قانوناً بالتعليل.

أولاً: الحالات التي يلزم فيها مصدر القرار بالتسبيب:

يقصد بالتسبيب بأنه التزام قانوني تعلن الإدارة بمقتضاه الأسباب القانونية والواقعية التي حملتها على إصدار القرار الإداري وشكلت الأساس القانوني الذي بني عليه[2]. ويُعرف أيضاً بأنه إعلان الأسباب التي تشكل الأساس القانوني للقرار

(١) P. Pacteau, le juge de l'exces de pouvoir et les motifs del'acte administratif, paris, 1977, p.46.

(٢) G.Vedel et G. Delvolve: droit adminisratif, paris, pu.f, p.262.

الإداري[1] . هكذا يظهر التسبيب بأنه الإعلان التي يتضمنه القرار للأسباب القانونية والواقعية التي بررت إصداره[2] .

وتلتزم الإدارة العامة بتسبيب قراراتها الإدارية في حالتين مختلفتين : أولهما ، حالة النص القانوني الصريح ؛ إذ بدأت العديد من الدول المتقدمة ديمقراطياً كفرنسا بإصدار قوانين تلزم الإدارة بتسبيب طوائف معينة من القرارات الإدارية ، كما تضمنت بعض التشريعات الأردنية أحكاماً صريحة على تسبيب بعض القرارات الإدارية[3] ، وثانيهما الإلزام القضائي ؛ إذ لجأ القضاء الإداري الفرنسي والأردني إلى إلزام الإدارة العامة بتسبيب بعض قراراتها ، أي أن القضاء الإداري هو الذي فوض هذا التسبيب .

وبناءً عليه يعد عدم تسبيب القرار الإداري في أي من الحالتين السابقتين عيباً شكلياً يؤدي إلى إلغاء القرار الإداري إذا طعن به قضائياً . فقد قضت محكمة العدل العليا " يجب التفريق بين تسبيب القرار الإداري كإجراء شكلي يتطلبه القانون وبين وجوب قيامه على سبب يبرره ، فالتسبيب لايكون لازماً إلا حيث يوجبه القانون أما

(١) J. Jacques Bien venu: le vice de forme, in repertioire du contentiux daministratif.

(٢) B . Pacteau: op. cit. p. 46.

(٣) في هذا الموضوع انظر مقال الدكتور علي الخطار ، تسبيب القرارات الإدارية في فرنسا والأردن ، مجلة دراسات الجامعة الأردنية ، المجلد الثاني والعشرون (أ) كانون الأول ١٩٩٥ ، العدد السادس ، ص٣٠٩٥ وما بعدها .

السبب فيجب أن يكون صحيحاً سواء كان التسبيب لازماً أم غير لازم "[1].

ويرى القضاء الإداري الأردني بضرورة تسبيب القرار الإداري إذا حدد الشارع عدة أسباب لإصداره، فيجب أن يصدر القرار استناداً لأحدها، وعليه ألزمت محكمة العدل العليا الإدارة بتسبيب قرارات حل الجمعيات والهيئات الاجتماعية، فقد قضت " لدى الاطلاع على المادة (١٦) من قانون الجمعيات والهيئات الاجتماعية نجدها تنص «للوزير بناءً على تنسيب المدير العام والاستئنساس برأي الاتحاد المختص أن يأمر بحل أي جمعية خيرية أو هيئة اجتماعية أو اتحاد إذا اقتنع أنها خالفت:

أ- نظامها الأساسي.

ب- لم تنفذ الغايات المنصوص عليها في نظامها أو توقفت عن أعمالها مدة ستة أشهر أو قصرت في القيام بها.

ج- رفضت أن تسمح للمسؤولين بحضور جلساتها أو تفتيش محلها أو سجلاتها ومستنداتها.

د- تصرفت بأموالها على غير الأوجه المحددة لها.

هـ- قدمت إلى المراجع الرسمية المختصة بيانات غير صحيحة، وخالفت بوجه الإجمال أي حكم من أحكام هذا القانون؛ إذا اقترع على ذلك ثلث أعضاء هيئتها العمومية الذين يحق لهم التصويت».

---

(١) عدل عليا: ٤/ ٤/ ١٩٨٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص١٠٨١.

يبدو من هذا النص أن قرار حل الجمعية أو الهيئة الاجتماعية أو الاتحاد ينبغي أن يشتمل على سبب أو أكثر من الأسباب المبينة من المادة ١٦ سالفة الذكر بمعنى أن المشرع قد أوجب أن يكون مسبباً إذ أن تسبيب القرار يعد ركناً من أركان القرار الإداري ولابد من تحقق السبب بشروطه التي فرضها المشرع حتى يكون القرار شرعياً ويحقق الغاية منه كضمانة للأفراد[1] .

ونحن نرى أن المشرع الأردني حدد فقط أسباب قرار حل الجمعية أو الهيئة الاجتماعية أو الاتحاد، بحيث يتعين على الوزير أن يبني قراره على أحد الأسباب التي ذكرتها المادة (١٦) من قانون الجمعيات، ولم يتطلب المشرع أن يسبب الوزير قرار الحل صراحة بالنظر للاختلاف الواضح بين أسباب القرار وتسبيبه، لكن محكمة العدل العليا هي التي فرضت على الإدارة تسبيب قرار الحل وبنت هذا الاجتهاد القضائي على إرادة المشرع التي نرى أنها انصرفت إلى أسباب القرار .

كما أوجبت محكمة العدل العليا تسبيب القرارات الصادرة عن لجنة معادلة الشهادات " المستفاد من هذه النصوص أنها نصوص أوجبت على كل اللجان المتخصصة أن تبين السبب أو الأسباب التي تبني عليها دراستها وقرارها الذي ترفعه إلى اللجنة العليا، كي يكون في مقدور هذه اللجنة أن تمارس صلاحيتها فيما يتعلق بمعادلة الشهادة موضوع المعادلة . وبتمحيص الأوراق المقدمة في هذه الدعوى لم نعثر

(١) عدل عليا ٢/٣/١٩٨٣، مجلة نقابة المحامين، ١٩٨٣، ص٤٩٤ .

فيها على مايدل على أن اللجنة المتخصصة قد سارت على النهج الذي رسمه لها القانون أو طبقت القواعد والأسس أو ذكرت الأسباب التي أوجب القانون مراعاتها فهي لم تتقيد بها فجاء قرارها الذي رفعته إلى اللجنة العليا خلواً من ركائزه القانونية وأسانيده التي تجعل منه قراراً له حرمته، فبقي قرارها هذا مجرداً من العلل مفتقراً إلى الأسباب، والافتقار إلى السبب ينطوي على انعدام السبب وبانعدام السبب يصبح القرار باطلاً، ولما كان هذا القرار الباطل قد اتخذت منه اللجنة العليا أساساً لإصدار قرارها المطعون فيه فإن القرار المطعون فيه طالما بني على قرار باطل يغدو باطلاً أيضاً. وتوضيحاً لما ذهبنا إليه فإن الفقه والقضاء قد استقرا على أنه إذا أوجب المشرع في القرار أن يكون مسبباً فالسبب والحالة هذه يصبح ركناً من أركان القرار وشرطاً لازماً لصحته لما في ذلك من ضمان لحقوق الأفراد"[1]. كما أوجبت تسبيب قرارات رفض التسجيل في سجل المحامين "أما ماذهب إليه المجلس المستدعى ضده في قراره المطعون فيه من أنه لم تتوفر في طلب المستدعي الشروط المنصوص عليها في المادة (٨) من قانون نقابة المحامين الأردنيين فقد جاء مبهماً وغامضاً إلى درجة يحول بين هذه المحكمة وممارسة صلاحيتها في مراقبة مشروعية القرار المطعون فيه ذلك لأن المادة (٨) المذكورة نصت على عدة شروط وأحكام وبنود، وكان على المجلس المستدعى ضده أن يبين الشروط التي لم تتوفر في طلب الطاعن، وكان عليه أن يسبب قراره بشكل واضح، ومادام أنه لم يفعل فقد صدر قراره معيباً وغير معلل ولامسبب

(١) عدل عليا: ٢٨/ ٥/ ١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٨، ص١٦٢٩.

يشوبه الغموض والإبهام، ولما كان سبب القرار الإداري تصرف قانوني لايقوم دون أن ينهض سبب يبرر إصداره، وبما أن المجلس المستدعى ضده لم يبين السبب الذي بنى عليه قراره فإن قراره المطعون فيه يكون معيباً ومخالفاًللقانون "[1] .

ثانياً: حالات التسبيب الاختياري:

يلجأ مصدر القرار في بعض الأحيان إلى تسبيبه اختيارياً دون أن يكون ملزماً قانوناً بهذا التسبيب . ويأتي هذا التسبيب الاختياري بهدف إقناع المعني بالأمر أو الرأي العام بمشروعية هذا القرار، فإذا تبرع مصدر القرار بذكر أسباب قراره، فيملك القضاء الإداري التصدي لفحص صحة الوجود المادي للوقائع وتكييفها القانوني . فقد قضت محكمة العدل العليا "أن الاستغناء عن خدمة الموظف غير المصنف في سلطة المياه، لايدخل في عداد العقوبات التأديبية المنصوص عليها في المادة العاشرة من نظام موظفي سلطة المياه رقم (٤٨) لسنة ١٩٨٤، بل هو صلاحية إدارية منوطة بقرار من المرجع المختص يترتب على صدوره اعتبار خدمة الموظف منتهية، دون إبداء الأسباب عملاً بالمادة (١٢/ ز) من النظام المذكور . وعلى ذلك فإن اتخاذ مثل هذا القرار لايخضع في الأصل لإجراءات التحقيق والتأديب المتبعة أمام المجالس التأديبية، ومع ذلك فإن قرار الاستغناء عن الموظف غير المصنف في سلطة المياه المسبب والمتخذ بنتيجة إجراءات تحقيق يجيز لمحكمة العدل العليا فرض رقابتها على صحة السبب

(١) عدل عليا: ١٥/ ١٠/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٥، ص١٢١ .

الذي احتجت به الإدارة في إصدار القرار "[1].

وقد تكشف الإدارة عن الأسباب التي حملتها على إصدار القرار المطعون فيه لاحقاً في معرض الدفاع عن مشروعيته وتبريره، وعليه يملك القضاء الإداري التصدي لفحص مشروعية هذه الأسباب من حيث وجودها المادي وصحة تكييفها القانوني، فقد قضت محكمة العدل العليا "أن القرار المطعون فيه كان خلواً من الأسباب والقرار إذا لم يوجب القانون تسبيبه وصدر غير مسبب لايكون لمحكمتنا حق الرقابة عليه إلا إذا بينت السلطة الإدارية الأسباب من تلقاء نفسها فعندئذ يكون القرار والأسباب خاضعين لرقابة هذه المحكمة وهذا ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة في عدة قرارات سابقة ولايطعن في صحة ذلك ماقاله رئيس النيابة العامة في مرافعته بأن المقصود من القرار المسبب الذي يخضع لرقابة المحكمة هو الذي تكون أسبابه مدرجة فيه لا القرار الذي تذكر أسبابه فيما بعد من قبل صاحب السلطة الذي أصدره ذلك لأن الأسباب التي تذكر فيما بعد تعتبر جزءاً من القرار وتصبح هي والقرار خاضعين لرقابة المحكمة شأنهما شأن القرار الذي يصدر مسبباً ابتداء والقرار المشكو منه وإن لم تذكر فيه الأسباب إلا أن دولة رئيس الوزراء بيَّن هذه الأسباب في كتابه المبرز والمؤرخ ٩/ ٨/ ١٩٥٣ رقم (٢١٠) والذي بعث به إلى معالي رئيس الديوان الملكي جواباً على استعلامه وهذا هو نص الكتاب بالحرف الواحد . . . فإنه لايصح

(١) عدل عليا: ٢٥/ ١٢/ ١٩٨٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٩١، ص٢٣٥٨، وعدل عليا: ٣١/ ١٠/ ١٩٥٣، مجلة نقابة المحامين، ١٩٥٤، ص٧.

عزل المستدعي بالاستناد لهذا السبب أيضاً طالما لم يصدر قانون بتعميم الزكاة ولانظام بتوحيد الوظيفتين بشخص واحد، وإلا يكون العزل عندئذ قائماً على سبب منعدم وغير موجود "[1].

وقد تفصح الإدارة عن الأسباب لقرارها المطعون فيه لاحقاً[2] بصورة مادية كقيامها بتعيين موظف جديد بدلاً من الموظف الذي أنهيت خدماته سابقاً. فقد قضت محكمة العدل العليا " وحيث خلا ملف المستدعية ممايدعو إلى إنهاء خدماتها، وبما أن السبب الذي أبدته المستدعية من أن إنهاء خدمات المستدعية كان بسبب الظروف المالية الصعبة التي تمر بها الأكاديمية قد انهار بتعيين سكرتيرة أخرى محل المستدعية ولو كان راتب الأخيرة أقل من راتب المستدعية فإن قرار إنهاء خدمة المستدعية لايكون مبنياً على سبب يبرر إصداره "[3]. كما قضت في حكم آخر " فقد أثبتت البينات أن القصد من إلغاء الوظيفة المذكورة لم يكن بسبب عدم الحاجة إليها أو التوفير بدليل أن الأمانة بعد إلغاء هذه الوظيفة قامت بتعيين ثلاثة أشخاص للجباية "[4]. وقضت في حكم آخر " فإن ذلك ينفي الادعاء بأنه لم تكن ثمة حاجة لخدمة المستدعية خلال الفترة السابقة لإلغاء الوظيفة إذ أن المعيار القانوني لتقرير مسألة الحاجة أو عدم الحاجة لخدمة موظف مرهون ببقاء وظيفته في جدول التشكيلات قائمة أو غير قائمة عند

(١) عدل عليا: ٣١/ ١٠/ ١٩٥٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٤، ص٧.

(٢) J. Auby et R. Drago : op. cit, No. 1280

(٣) عدل عليا: ١٦/ ٣/ ١٩٩٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٤، ص٧٧٥.

(٤) عدل عليا: ٧/ ٤/ ١٩٦٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٥، ص٥٥٤.

صدور قرار الإحالة "[1].

المبحث الثالث

صلاحية القضاء الإداري

في تحديد أسباب القرار الإداري

يتمثل المبدأ العام في مجال تسبيب القرارات الإدارية في عدم التزام الإدارة بتسبيب قراراتها إلا إذا ألزمها القانون أو القضاء بهذا التسبيب، لهذا تُعد النصوص التشريعية الأردنية[2] التي تنص على حق الإدارة في إصدار قرارات إدارية دون إبداء الأسباب مجرد تجسيد وتأكيد لمبدأ عام متفق عليه، كما لايقصد بعدم التزام الإدارة بتسبيب قرارها عدم قيامها على سبب، فوجود السبب عند إصدار أي قرار إداري أمر مفروغ منه؛ إذ لايتصور أن تصدر الإدارة قراراً بدون داعٍ أو موجب، فقد قضت محكمة العدل العليا " أما قول وكيل المدعى عليه أنه لم يشترط القانون تسبيب القرار الإداري، فإن ذلك لايعني حرية الإدارة المطلقة في هذا الصدد، بل لابد من أن يقوم

---

(١) عدل عليا: ٥/٧/١٩٨٣، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٣، ص١٠٨٩.

(٢) تنص الفقرة (ب) من المادة (١٣) من نظام الهيئة التدريسية في الجامعة الأردنية رقم (١٤) لسنة ١٩٨٤ على أنه "لمجلس العمداء بعد أخذ رأي كل من مجلس القسم ومجلس الكلية ولجنة التعيين والترقية في إنهاء خدمة عضو الهيئة التدريسية خلال مدة تجربته دون بيان الأسباب على أن يبلغ بذلك قبل ثلاثة أشهر على الأقل من التاريخ المحدد لإنهاء خدمته، ولرئيس الجامعة عدم التقيد بهذا الشرط الزمني إذا رأى مبرراً لذلك".

القرار الإداري على سبب يُسوغه في الواقع والقانون "[1]. وقضت في حكم آخر " وإن نصت على أن من حق مجلس الأمانة إحالة الموظف إلى التقاعد إذا أكمل مدة خمسة عشر عاماً خدمة مقبولة للتقاعد دون أن يرد فيها مايوجب على المجلس أن يسبب قراره، إلا أن وجود السبب عند إصدار أي قرار إداري أمر مفروغ منه؛ إذ لانتصور أن تصدر الإدارة أي قرار بدون داعٍ أو موجب"[2]. كما تقتضي مشروعية القرارات الإدارية أيضاً أن يكون السبب صحيحاً سواء كان التسبيب لازماً أم غير لازم[3].

وبناءً عليه لايعطي عدم التزام الإدارة بتسبيب قرارتها صلاحية مطلقة في اختيار الأسباب التي يبني عليها القرار، كما لايمنحها أيضاً صلاحية تقديرية في إصدار قرارها بدون أسباب معينة. ولكن مفاد عدم إلزام القانون لها بالتسبيب هو منحها قرينة ضد خطئها في استخلاص الوقائع. وذلك على أساس أن الإدارة تملك من حيث المبدأ حرية كبيرة في أسلوب تفكيرها الذي يؤدي بها إلى استخلاص الوقائع استخلاصاً سائغاً من أصولها، وأن هذه الحرية ينبغي أن تحترم من حيث المبدأ.

وتعد صلاحية القضاء الإداري في تحديد أسباب القرار المطعون نتيجة منطقية

---

(١) عدل عليا: ٢٩/ ٥/ ١٩٧٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٤، ص٨٢٩.

(٢) عدل عليا: ١٩/ ٩/ ١٩٧٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٤، ص١٢٨١.

(٣) عدل عليا: ٤/ ٤/ ١٩٨٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٥، ص٨٢٩.

لعدم التزام الإدارة العام بتسبيب قراراتها صراحة[1].

وإذا لم تفصح الإدارة عن أسباب قرارها لعدم التزامها بالتسبيب، فيمكن للقضاء الإداري تحديد هذه الأسباب بعدة وسائل مختلفة تمكنه من معرفة أسباب القرار المطعون فيه وتقدير مشروعيتها.

أولاً: طلب المستندات التي اعتمدت عليها الإدارة في إصدار القرار:

يحكم صلاحية القضاء الإداري في طلب الوثائق والمستندات التي اعتمدت عليها الإدارة في إصدار القرار مبدأن أساسيان متناقضان يذهب كل منهما باتجاه معاكس ومغاير، فمبدأ الفصل بين القضاء الإداري والإدارة العاملة يحظر منح القضاء صلاحية إصدار أوامر ملزمة للإدارة لموافاته بالوثائق والمستندات الإدارية التي اعتمدت عليها في إصدار القرار المطعون فيه أو تقديم أية إيضاحات، ولكن الطابع الإيجابي لدور القضاء في تسيير الإجراءات وتوجيهها يخوله صلاحيات واسعة في توجيه الإجراءات حسبما يراه مناسباً. هكذا يتوقف مدى الرقابة التي يمارسها القضاء على إرادة القاضي نفسه باعتباره سيد الإجراءات. فلقد قرر مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن بعيد حقه في إصدار أوامر ملزمة للإدارة لموافاته بالوثائق والمستندات المتعلقة بالنزاع[2].

---

(١) P. Pacteau: op. cit. 69.

(٢) J. Auby et R. Drago : op. cit. No 1438 et p. pacteau: OP. CIT, P. 72.

يملك القضاء الإداري طلب المستندات التي اعتمدت الإدارة عليها في إصدار القرار المطعون فيه . كما يتعين على الإدارة إجابة الطلب القضائي والانصياع لمضمونه . وآية ذلك أن القضاء الإداري لايمكنه أداء مهماته القضائية ورسالته النبيلة إذا لم تمكنه الإدارة من ذلك ، فيتوجب عليها أن تضعه في وضع يسمح له بالفصل في النزاع المعروض عليه . ونرى من المفيد أن نعرض لهذه الصلاحية القضائية في فرنسا والأردن .

موقف مجلس الدولة الفرنسي:

يقرر القضاء الفرنسي طلب جميع الوثائق والمستندات التي بحوزة الإدارة إذا ارتأى أنها ضرورية للفصل في النزاع ، بمعنى آخر إذا كانت هذه الوثائق والمستندات ضرورية لفهم واستيعاب المسائل القانونية والواقعية التي وردت في لائحة الدعوى .

وتبرر هذه الصلاحية القضائية بالفائدة والجدوى التي يجنيها القضاء الإداري من الاطلاع على هذه الوثائق والمستندات بغية الفصل في النزاع المعروض عليه ، لهذا لايلجأ القضاء الإداري إلى طلب إبراز وثائق ومستندات إدارية إلا إذا كان ذلك ضرورياً للفصل في النزاع . وعليه يصدر القضاء أمراً بإبراز الوثائق والمستندات إذا كانت ادعاءات الطاعن تنطوي على نوع من الصحة ، أو إذا كانت وقائع النزاع وظروفه تشكل قرائن جدية على عدم مشروعية القرار المطعون فيه[1] . كما يصدر القضاء الإداري الأمر بموافاته بالوثائق والمستندات إذا كانت ادعاءات الخصوم

(١) C.E : 27/7/1933, Rec, p. 90-30/1/1959, Rec, p. 85.

متناقضة ومتعارضة، وبذا يتعين لتكوين عقيدته واقتناعه والتحقق من هذه الادعاءات المتناقضة أن يطلع على الوثائق والمستندات المفيدة لرفع هذا التناقض وحسمه[1].

هكذا يتمتع القضاء الإداري بصلاحية تقديرية واسعة لتقدير جدوى إصدار الأمر بإبراز الوثائق والمستندات الإدارية، ويحرص مجلس الدولة الفرنسي دوماً على التأكيد على هذا الطابع التقديري وإبرازه[2]. كما يملك القضاء الإداري أيضاً أن يطلب من الإدارة تقديم إيضاحات حول الأسباب القانونية والواقعية التي بررت إصدار القرار المطعون فيه[3]. لكنه يتمتع بصلاحية تقديرية واسعة لتقدير جدوى إلزام الإدارة بتقديم تلك الإيضاحات. وعليه يهمين القضاء على تسيير الإجراءات وتوجيهها.

ويتحدد موقف القضاء الإداري من القرار الإداري المطعون فيه في ضوء موقف الإدارة من تنفيذ الأمر القضائي. فيتولى تقدير صحة العناصر الواردة في الوثائق التي قدمتها الإدارة إذا استجابت للأمر القضائي وانصاعت لتنفيذه[4]. وعليه يعتبر القضاء ادعاءات الطاعن صحيحة إذا لم تكن الوثائق والمستندات ذات علاقة بموضوع القرار

(١) C.E: 17/10/1958, Rec, p. 490.

(٢) C.E : 26/5/1911, Rec, p. 624-26/6/1912, rec , p. 742-29/1/1947, R.D.P, 1948, p. 78

(٣) C.E : 24/11/1968, ReC, P. 62.

(٤) C.E : 6/1/1036, ReC, P. 965.

المطعون فيه، ويقرر إلغاء القرار المطعون فيه إذا كانت العناصر التي قدمتها الإدارة غير مقنعة Pertenents ولا تسعف في تبرير إصداره[1].

ويقرر القضاء الإداري الفرنسي أيضاً اعتبار ادعاءات الطاعن صحيحة إذا رفضت الإدارة الاستجابة للطلب الذي أصدره إليها بموافاته بالوثائق والمستندات التي اعتمدت عليها في إصدار القرار المطعون فيه[2]، كما يقرر القضاء إلغاء القرار الإداري المطعون فيه حتى لو كان عدم تنفيذ الأمر بإبراز الوثائق والمستندات راجعاً لأسباب خارجة عن إرادتها، وبذا لاتعفي حالة الاستحالة المادية الإدارة من اعتبار ادعاءات الطاعن صحيحة، وإلغاء القرار، ومن أمثلتها فقدان الوثائق والمستندات المطلوبة أو ضياع أو تلف الملف الوظيفي، فقد جاءت التعبيرات التالية في أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي "في ضوء التعبيرات الواردة في رسالة الوزير، يتبين أن الإ[illegible]؛ بذلت العديد من المحاولات للعثور على ملف المستدعي، لكنها لم تجده، وبذا وضعت الإدارة بهذا العمل مجلس الدولة في وضع يستحيل عليه ممارسة رقابة المشروعية الملقاة علي كاهله"[3].

وبناءً عليه يقرر القضاء الإداري اعتبار ادعاءات الطاعن صحيحة، وإلغاء القرار المطعون فيه رغم أن الإدارة لم تُبدِ أي نية سيئة في عدم التعاون مع القضاء، فيعد

(١) C.E: 22/1/1960, A.J.D.A, 1960,II, p. 55.

(٢) J. Auby et R. Drago: op. cit. No 1280.

(٣) C.E: 24/7/1907, Rec, p. 712-18/11/1952, R.D.P, 1953,p. 205 et 11/1/1956, R.D.P, 1956, p. 598.

فقدان الوثائق والمستندات وضياعها أو تلفها أمراً خارجاً عن إرادتها ولاينم عن سوء نيتها، كما يقرر القضاء الإداري أيضاً اعتبار ادعاءات الطاعن صحيحة إذا رفضت الإدارة صراحة أو ضمناً تنفيذ الأمر القضائي بموافاته بالوثائق والمستندات التي اعتمدت عليها في إصدار القرار، فقد جاءت التعبيرات التالية "إن طلب محكمة الدرجة الأولى من الإدارة إبراز بعض الوثائق والمستندات التي يتعين وجودها في ملف الطاعن الوظيفي الذي أبرزته الإدارة تنفيذاً واستجابة منها للطلب القضائي، يعد تخلفاً من جانب الإدارة عن الاستجابة لهذا الطلب خلال المدة المحددة لهذه الغاية، كما يُعد كافياً لكي تعتبره المحكمة دليلاً على صحة ادعاءات الطاعن"[1]، هكذا يستوي أن يكون عدم تنفيذ الأمر القضائي إرادياً أو غير إرادي. فالنتيجة التي يستخلصها القضاء في الحالتين السابقتين واحدة وهي صحة ادعاءات الطاعن[2].

موقف القضاء الإداري الأردني:

استقر موقف المشرع الأردني على حق الإدارة في الامتناع عن تنفيذ الأوامر القضائية بإبراز الوثائق والمستندات الإدارية التي اعتمدت عليها في إصدار القرار الإداري المطعون فيه.

(١) C.E: 30/1/1959, REC, p.85

(٢) C.E: 17/5/1958, Rec, p. 490-22/5/1981, Rec, p.236.

تنص المادة (١١٠) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية القديم رقم (٤٢) لسنة ١٩٥٢ «ليس في هذا الفصل مايوجب على النائب العام أو على أي موظف آخر من الموظفين إبراز أية مستندات في أية دعوى تقام علي الحكومة أو على دائرة من دوائرها أو على موظف من موظفيها -مع مراعاة أحكام هذه المادة- أن تأمر أي موظف من موظفي الحكومة بأن ينظم ويسلم إلى الفريق الآخر قائمة بالمستندات المتعلقة بالمسائل المبحوث عنها والموجودة لدى أية دائرة من دوائر الحكومة أو التي كانت موجودة في حيازة أو عهدة أو تحت تصرف إحدى دوائرها إلا إذا كانت من المستندات التي أصدر بشأنها رئيس الوزراء شهادة موقعة بإمضائه تشير إلى أن إفشائها يتنافى والمصلحة العامة».

وبناءً عليه تملك الإدارة إخفاء الأسباب التي اعتمدت عليها في إصدار القرار المطعون فيه، ويكفيها أن تقدم شهادة من رئيس الوزراء تفيد بأن المستندات المطلوبة سرية للغاية وأن إفشاء مضمونها يتنافى مع المصلحة العامة، وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة العدل العليا " وحيث إن ممثل المستدعي ضده أبرز كتاباً من رئيس الوزراء مؤرخاً في ٥/ ١٢/ ١٩٨٠ يذكر فيه أن عزل المستدعي يتم بناءً على أسباب تمس أمن الدولة، كما أبرز شهادة مؤرخة بنفس التاريخ المذكور وموقعة من الرئيس بأن المستندات التي تم الاعتماد عليها في اتخاذ قرار العزل مستندات سرية للغاية وأن إفشاء مضمونها يتنافى والمصلحة العامة وهذه الشهادة معطاة بمقتضى المادة (١١٠) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية كما هو واضح من عنوانها. وحيث إن هذه المادة

تجيز للإدارة في هذه الحالة الامتناع عن إبراز المستندات[1] .

ولاشك أن المادة (١١٠) من قانون أصول المحاكمات الحقوقية القديم تمنح الإدارة حق الامتناع عن إبراز الوثائق والمستندات السرية التي اعتمدت عليها في إصدار القرار إذا كان إفشاء مضمونها يتنافى مع المصلحة العامة، ولكن يتعين على القضاء الإداري أن يتأكد من صحة ادعاء الإدارة بأن الوثائق والمستندات سرية فعلاً، فلا يجوز قبول ادعاءات الإدارة على علاتها. كما أن تقديم الشهادة الموقعة من رئيس الوزراء بأن إفشاء مضمون الوثائق والمستندات المطلوبة لايحول أو يمنع القضاء الإداري من البحث عن الأسباب القانونية والواقعية التي بني عليها القرار بوسائل أخرى، فعليه أن يستخدم جميع الوسائل القانونية المتاحة لتحديد هذه الأسباب ورقابتها.

وأعاد المشرع الأردني التأكيد على هذا الحق في المادة (١٠٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨ التي تنص «ليس في المواد السابقة (١٠٠-١٠٧) مايوجب على النائب العام أو أي موظف آخر من موظفي الحكومة إبراز أية مستندات في أية دعوى تقام على الحكومة أو على دائرة من دوائرها أو على موظف من موظفيها بشأن عمل قام به بصفته الرسمية غير أنه يجوز للمحكمة - مع مراعاة أحكام هذه المادة- أن تأمر أي موظف من موظفي الحكومة بأن ينظم ويسلم

(١) عدل عليا: ١١/٣/١٩٨٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص٨٦٨.

إلى الفريق الآخر قائمة بالمستندات المتعلقة بالمسائل المبحوث عنها والموجودة لدى أية دائرة من دوائر الحكومة أو التي كانت موجودة في حيازة أو عهدة أو تحت تصرف إحدى دوائرها إلا إذا كانت من المستندات التي أصدر بشأنها رئيس الوزراء شهادة موقعة بإمضائه يشير إلى أنها تضر والمصلحة العامة».

هكذا تملك الإدارة الامتناع عن إبراز الوثائق والمستندات التي اعتمدت عليها في إصدار القرار المطعون فيه، ويكفيها أن تقدم شهادة موقعة من رئيس الوزراء تفيد بأن إفشاء مضمون هذه الوثائق والمستندات يتنافي أو يضر بالمصلحة العامة حتى وإن كان لاطلاع القضاء الإداري على مضمون الوثائق والمستندات الإدارية أهمية كبيرة في تقدير مشروعية أسباب القرار الإداري. فقد قضت "من الثابت بإقرار المستدعي والمستندات المبرزة أن خدمته المقبولة للتقاعد تجاوزت الخمس عشرة سنة، فإن قرار مجلس الوزراء بإحالته على التقاعد يتفق وأحكام القانون"[1].

ونحن نرى بأن صلاحية رئيس الوزراء بإصدار الشهادة التي تفيد بأن إفشاء الوثائق والمستندات يضر بالمصلحة العامة مقيدة بقانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١. فقد حددت المادة الثانية ماهية الأسرار والوثائق المحمية «أية معلومات شفوية أو وثيقة مكتوبة أو مطبوعة أو مختزلة أو مطبوعة على ورق مشمع أو ناسخ أو أشرطة تسجيل أو الصور الشمسية والأفلام أوالمخططات أو الرسوم أو

---

(١) عدل عليا: ٢٣/٨/١٩٧١، مجلة نقابة المحامين ١٩٧١، ص٩٠٣.

الخرائط أو مايشابهها والمصنفة وفق أحكام هذا القانون» وعليه لايجوز لرئيس الوزراء إصدار الشهادة التي تحول دون إبراز الوثائق والمستندات إلا في الحالات المحددة في قانون حماية أسرار ووثائق الدولة .

الاستثناءات الواردة على التزام الإدارة بإبراز الوثائق والمستندات الإدارية:

فإذا كان القضاء الإداري الفرنسي يملك أمر الإدراج بموافاته بالوثائق والمستندات اللازمة لتكوين عقيدته واقتناعه والتحقق من ادعاءات الخصوم، فإن هذه الصلاحية القضائية تختفي إذا كانت الوثائق والمستندات المطلوبة مشمولة بقاعدة السرية . ولكن يتعين على القضاء تفسير قاعدة السرية بأضيق الحدود، فهي مجرد استثناء والاستثناء لايتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه، وهو المسلك الذي جرى عليه مجلس الدولة الفرنسي[1] .

الاستثناء الأول: الوثائق والمستندات المتعلقة بأسرار الدفاع الوطني:

تملك الإدارة العامة من الناحية القانونية رفض تنفيذ الأمر القضائي الصادر بإبراز وثائق ومستندات تتعلق بأسرار الدفاع الوطني حسبما حددتها المادة ٧٨ من قانون العقوبات الفرنسي . وتتمتع الإدارة في هذه الحالة بصلاحية تقديرية واسعة لتقدير طبيعة الوثائق والمستندات المطلوب إبرازها ومدى تعلقها بأسرار الدفاع الوطني[2]، ويملك مجلس الدولة الفرنسي اتباع جميع الوسائل القانونية التي تمكنه

(١) J. Auby et Drago: op. cit, 1443, et ch. Debbasch et Recci, op. cit; No. 514.

(٢) C.E: 11/3/1995, Rec, p. 149.

من الحصول على الإيضاحات الضرورية إذا قرر أن الاطلاع على مضمون هذه الوثائق والمستندات ضرورياً ولازماً للفصل في النزاع . لكنه لايملك اتخاذ إجراءات تحقيقية خاصة ، وعليه يستطيع القضاء أن يطلب من الإدارة أن تطلعه على الوثائق والمستندات فقط كأن ترسل مندوباً عنها يحمل هذه الوثائق والمستندات ويأخذها مباشرة دون أن تضم إلى ملف القضية .

وصنف المشرع الأردني الأسرار والوثائق المحمية في أربع فئات هي سري للغاية وسري محدود . فتصنف بدرجة (سري للغاية) أية أسرار أو وثيقة محمية إذا تضمنت الأمور التالية :

أ- أية معلومات يؤدي إفشاء مضمونها لأشخاص تقتضي طبيعة عملهم الاطلاع عليها أو الاحتفاظ بها أو حيازتها ، إلى حدوث أضرار خطيرة بأمن الدولة الداخلي أو الخارجي أو إلى فائدة عظيمة لأية دولة أخرى من شأنها أن تشكل أو يحتمل أن تشكل خطراً على المملكة الأردنية الهاشمية .

ب- خطط وتفصيلات العمليات الحربية أو إجراءات الأمن العام أو المخابرات العامة أو أية خطة ذات علاقة عامة بالعمليات الحربية أو إجراءات الأمن الداخلي سواء كانت اقتصادية انتاجية أو تموينية أو عمرانية أو نقلية .

ج- الوثائق السياسية الهامة جداً وذات الخطورة المتعلقة بالعلاقات الدولية والاتفاقات أو المعاهدات وكل مايتعلق بها من مباحثات ودراسات .

د- المعلومات والوثائق المتعلقة بوسائل الاستخبارات العسكرية أو المخابرات العامة أو الاستخبارات المعاكسة أو مقاومة التجسس أو أية معلومات تؤثر على مصادر الاستخبارات العسكرية والمخابرات العامة أو المشتغلين فيها .

هـ- المعلومات الهامة المتعلقة بالأسلحة والذخائر أو أية مصدر من مصادر القوة الدفاعية التي يشكل إفشاؤها خطراً على أمن الدولة الداخلي أو الخارجي[1] .

وتصنف بدرجة (سري) أية أسرار أو وثيقة محمية لم تكن من درجة (سري للغاية) إذا تضمنت المعلومات التالية :

أ- أية معلومات هامة يشكل إفشاء مضمونها لأشخاص لاتقتضي طبيعة عملهم الاطلاع عليها إلى تهديد سلامة الدولة أو تسبيب أضراراً لمصالحها أو تكون ذات فائدة كبيرة لأية دولة أجنبية أو أية جهة أخرى .

ب- أية معلومات عن مواقع تكديس المواد الدفاعية أو الاقتصادية أو المؤسسات الحيوية المتعلقة بمصادر القوة متى كان لها مساس بسلامة الدولة .

(١) المادة (٣) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١ .

ج- أية معلومات عن تحركات القوات المسلحة أو الأمن العام .

د- أية معلومات عن أسلحة وقوات الدول العربية الشقيقة[1] .

وتصنف بدرجة (محدود) أية معلومات أو وثائق محمية تتضمن معلومات تنطبق عليها الأوصاف التالية :

أ- أية معلومات يؤدي إفشاؤها إلى أشخاص غير مصرح لهم بالاطلاع عليها إلى إضرار بمصالح الدولة أو يشكل حرجاً لها أو تنجم عنه صعوبات إدارية أو اقتصادية للبلاد أو ذات نفع لدولة أجنبية أو أية جهة أخرى قد يعكس ضرراً على الدولة .

ب- أية وثائق تتعلق بتحقيق إداري أو جزائي أو محاكمات أو عطاءات أو شؤون مالية أو اقتصادية عامة مالم يكن إفشاء مضمونها مسموحاً به .

ج- تقارير الاستخبارات العسكرية مالم تكن داخلة ضمن تصنيف آخر من درجة أعلى .

د- التقارير التي من شأن إفشاء مضمونها إحداث تأثير سيء على الروح المعنوية للمواطنين مالم يؤذن بنشرها .

هـ- موجات اللاسلكي العسكرية التابعة للقوات المسلحة والأمن العام والمخابرات العامة أو أية سلطة حكومية أخرى .

---

(١) المادة (٦) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١ .

و- وأية معلومات أو وثيقة محمية تضر بسمعة أية شخصية رسمية أوتمس هيبة الدولة[1].

وأخيراً تعتبر جميع الوثائق الرسمية الأخرى التي لاتندرج ضمن الفئات الثلاث السابقة (وثائق عادية) وعلى المسؤول أن يحافظ على الوثائق العادية ويحفظها من العبث أو الضياع ولايجوز إفشاء مضمونها لغير أصحاب العلاقة بها مالم يصرح بنشرها[2].

ونخلص من كل ذلك إلى أن صلاحية رئيس الوزراء بإصدار الشهادة التي تفيد بأن إفشاء مضمون الوثائق والمستندات يضر بالمصلحة العامة مقيدة بعدة قيود جوهرية تخفف من حدة التزام الإدارة بإبراز الوثائق والمستندات التي يطلبها القضاء الإداري.

القيد الأول: يجب أن تكون هذه الشهادة الصادرة من رئيس الوزراء متعلقة بالأسرار والوثائق المشمولة بإحدى الفئات الثلاث فقط، وهي سري للغاية وسري ومحدود. وعليه لايعتد القضاء بهذه الشهادة إذا كانت خاصة بالفئة الرابعة، وهي الوثائق والأسرار المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة.

القيد الثاني : يتعين للاعتداد بهذه الشهادة أن تكون صادرة قبل الأمر القضائي

---

(١) المادة (٨) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١.

(٢) المادة (١٠) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة رقم (٥٠) لسنة ١٩٧١.

الخـاص بإبراز الوثائق والمسـتندات لا بعـده، وآية ذلك أن المادة (١٠٨) من قـانون أصـول المحـاكـمـات تقـضي صراحـة «إلا إذا كـانت من المسـتندات التي أصـدر رئيس الوزراء شهادة موقعة بإمضائه يشير إلى أن إفشائها يضر والمصلحة العامة».

القيد الثالث: يجب تفسير الأحكام الواردة في قـانون حـماية أسـرار ووثائق الدولة تفسيراً ضيقاً باعتبارها استثناءً. فالاستثناء وفق القواعد الأصولية في التفسير لايتوسع في تفسيره ولايقاس عليه.

القيد الرابع: يملك القضاء الإداري إلزام الإدارة باطلاعه على مضمون الوثائق والمستندات حتى لو صدرت بشهادة موقعة من رئيس الوزراء إذا ارتأى أن مقتضيات الفصل في النزاع تستلزم أن يطلع على مضمون هذه الوثائق. وحجتنا في ذلك أن المادة (١٣) من قانون حماية أسرار ووثائق الدولة تنص على مايلي: «يحظر إخراج الوثائق المحمية من الدوائر الرسمية ما لم تكن الضرورة قد اقتضت ذلك ويمنع الاحتفاظ بها في المساكن والأماكن العامة ويحظر طباعة أو نسخ الوثائق المحمية خارج الدوائر الرسمية. وعليه يملك القضاء تقدير ضرورة الاطلاع على مضمون الوثائق والمستندات المحمية، وبذا يلزمها باطلاعه عليها حتى لو بصورة سريعة ومن قبل الإدارة ذاتها. وعلة ذلك أنه ليس في هذه المادة مايمنع القضاء الإداري من الاطلاع على مضمون الوثائق والمستندات إذا كان هذا الاطلاع القضائي ضرورياً ولازماً للفصل في النزاع المعروض عليه».

الاحتفاظ بها في المساكن والأماكن العامة ويحظر طباعة أو نسخ الوثائق المحمية خارج الدوائر الرسمية . وعليه يملك القضاء تقدير ضرورة الاطلاع على مضمون الوثائق والمستندات المحمية، وبذا يلزمها باطلاعه عليها حتى لو بصورة سريعة ومن قبل الإدارة ذاتها . وعلة ذلك أنه ليس في هذه المادة مايمنع القضاء الإداري من الاطلاع على مضمون الوثائق والمستندات إذا كان هذا الاطلاع القضائي ضرورياً ولازماً للفصل في النزاع المعروض عليه» .

الاستثناء الثاني: الأسرار الطبية:

ذهب القضاء الإداري الفرنسي بداية إلى أنه لايملك إعمالاً لأحكام المادة٣٧٨ من قانون العقوبات إصدار أمر بإبراز الوثائق المشمولة بقاعدة الأسرار الطبية[١] . لكنه خفف من هذا الاجتهاد القضائي منذ مدة طويلة، فقد قرر منذ عام ١٩٦٩ بأن القضاء الإداري يملك من الناحية القانونية أن يصدر أمراً إلى الطبيب بإعطاء المريض إيضاحات كاملة يستطيع بعدها إبرازها إلى القضاء إذا شاء[٢] . هكذا أحال القضاء الإداري الأمر إلى صاحب المصلحة لإبراز الوثائق التي حصل عليها بناءً على الأمر القضائي. فلصاحب الشأن تقدير جدوى إبراز هذه الوثائق والإيضاحات من عدمه .

---

(١) C.E: 9/11/1928, Rec, P. 1928, P. 1149-20/7/1932, Rec, P. 739.

(٢) C.E: 24/10/1969, Rec . p. 457-12/11/1969, Rec, p, 495 et 20/7/1971 Rec. p. 562.

ويملك القضاء الإداري الأردني في ضوء الفقرة الثانية من المادة (٣٥٥) من قانون العقوبات[1] الاطلاع على الأسرار الطبية إذا كانت ضرورية للفصل في النزاع. وذلك لأن الأحكام الواردة في الفقرة السابقة لاتحول من الاطلاع على هذه الأسرار إذا كان هذا الاطلاع لازماً للفصل في النزاع. كما أن أحكام الفصل الرابع من الدستور الطبي الأردني لاتمنع الطبيب من إعطاء مريضه شهادات ووثائق وإيضاحات طبية يمكنه تقدير جدوى إبرازها إلى القضاء الإداري[2].

---

(١) تنص المادة (٣٥٥) من قانون العقوبات رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ "يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات كل من: ١)حصل بحكم وظيفته أو مركزه الرسمي على أسرار رسمية وأباح هذه الأسرار لمن ليس له صلاحية الاطلاع عليها أو إلى من لا تتطلب طبيعة وظيفته ذلك الاطلاع وفقاً للمصلحة العامة".

(٢) تنص المادة (٢٢) من الدستور الطبي الأردني "يدخل في نطاق السر الطبي كل مايطلع عليه الطبيب من أحوال مريضه الصحة والاجتماعية وما قد يراه ويسمعه أو يفهمه من مريضه أثناء اتصاله المهني به من أموره وأمور غيره" تنص المادة (٢٣) من الدستور الطبي "على الطبيب ألا يفشي بدون موافقة مريضه معلومات حصل عليها أثناء علاقته المهنية إلا في الأحوال التي يتطلبها القانون ولايشترط في السر أن ينبه المريض طبيبه للحفاظ عليه. تنص المادة (٢٤) من الدستور الطبي "يجوز إفشاء سر المهنة بأحد الأسباب الآتية: أ) للمريض نفسه لما يتعلق به من مرضه أو مستقبله. ب) للوصي أو الولي فيما يتعلق بسر مريض قاصر أو غير مدرك. ج) لذوي المريض إذا عرف أن لهذا الإفشاء فائدة في المعالجة وكانت حالة المريض لاتساعده على إدراك ذلك. د) أثناء خبرة طبية قضائية أو طبابة شرعية. هـ) عندما تقتضي الضرورة حفاظاً على أمن المجتمع الصحي. و) يمكن للطبيب أثناء تأدية شهادته كخبير طبي أن يذكر سوابق المريض المفحوص المرضية إذا حصل على طلب خطي من قبل القضاء يسمح له بذلك. ز) في الحالات التي يحددها القانون مثل حالات العدوى والبتليغ عن الوفيات والولادات وبعض الأمراض الصناعية التي تؤثر على الصحة العامة. ح) لأغراض علمية وللبحوث الطبية دون ذكر الأسماء والصور المعرفة".

الاستثناء الثالث: الأسرار المهنية:

قرر القضاء الإداري الفرنسي أن الأحكام الواردة في المادة ٣٧٨ من قانون العقوبات تشمل الأسرار المهنية كافة[1]. وعليه تخضع الأسرار المهنية للقواعد والأحكام التي تضبط الأسرار الطبية.

الاستثناء الرابع: الأسرار الدبلوماسية:

لايملك القضاء الإداري تطبيقاً لنظرية أعمال السيادة أن يطلب من الإدارة إبراز المراسلات الدبلوماسية[2]. فتحاط هذه الأسرار عادة بسرية كبيرة حفاظاً على علاقة الدولة بالدول الأجنبية الأخرى. كما أنها مشمولة بالاتفاقيات الدولية الخاصة بالحصانة الدبلوماسية.

ثانياً: طلب الملف الإداري:

يملك القضاء الإداري إلزام الإدارة بإبراز الملف الإداري ليقف على حقيقة الأسباب القانونية والواقعية التي حملتها على إصدار القرار المطعون فيه وشكلت ركن السبب فيه. ويتعين على الإدارة تنفيذ الأمر القضائي. وعليه يعد عدم انصياع الإدارة للأمر القضائي الصادر بإبراز الملف دليلاً على صحة ادعاءات الطاعن بقطع النظر عن سبب هذا الامتناع، فيستوي أن يكون إرادياً أو غير إرادي كضياع أو تلف

(١) C.E: 12/3/1982, Rec, p.111.

(٢) C.E: 23/12/1904, Rec, p. 871.

الملف الإداري المطلوب إبرازه . وعلة ذلك أن الإدارة قد وضعت القضاء الإداري في حالة يستحيل عليه ممارسة رقابته القضائية على مشروعية القرارات الإدارية، وجعلت ممارسة هذه الرقابة رهناً بإرادتها، وهو أمر غير مقبول ومستساغ في دولة القانون. ويطبق الحكم نفسه إذا كان الملف المبرز غير منظم ومتسلسل أو لايحتوي على الوثائق والمستندات ذات العلاقة بموضوع النزاع . وآية ذلك أن سحب الوثائق والمستندات المهمة من الملف يعد التفافاً على تنفيذ الأمر القضائي، ويضحي تنفيذه صورياً .

وبناءً عليه يعد اعتبار ادعاءات الطاعن صحيحة في أي من الحالات السابقة نوعاً من الجزاء الذي يوقع على الإدارة لحملها على التعاون مع القضاء الإداري لأداء رسالته النبيلة وممارسة رقابته على مشروعية القرارات الإدارية، تلك الرقابة التي لاغنى عنها في دولة القانون، لهذا تمكن القضاء الإداري الأردني بفضل اطلاعه على الملف الإداري من تحديد الأسباب القانونية والواقعية التي بنى عليها القرار المطعون فيه وتقدير مشروعيتها . قد وردت التعبيرات التالية في أحد أحكام محكمة العدل العليا " وقد تبين من الملفات المبرزة في هذه الدعوى أن المستدعي قد عين موظف بعقد منذ تاريخ ٧/ ١٠/ ١٩٨٥ وكان العقد يتجدد سنوياً وعدلت شروط العقد اعتباراً من ٧/ ١٠/ ١٩٨٩ وجدد هذا العقد حتى تاريخ ١٧/ ١٠/ ١٩٩٤ حيث تم تصنيف

المستدعي بالدرجة الخامسة بتاريخ ١٦/ ١٠/ ١٩٩٤ "[١] .

وباستقراء قضاء محكمة العدل العليا نجد أنها اعتمدت في العديد من أحكامها على الملف الوظيفي للطاعن لتحديد الأسباب القانونية والواقعية التي بنى عليها القرار المطعون به وتقدير مشروعيتها[٢] . قد قضت في حكمها الصادر بتاريخ ١٥/ ١٢/ ١٩٨٠ . "وحيث إنه لايوجد في ملفي خدمة المستدعية ما يشير من قريب أو بعيد إلى أن ندبها إلى دائرة الشؤون البلدية والقروية والبيئة كان لتلبية حاجات العمل في هذه الدائرة وإنما الأوراق تشير إلى أن الغرض من الندب هو إقصاء المستدعية من وظيفتها الأصلية لأغراض تأديبية بدليل :

١ - أنه لايوجد تنسيب من وزير الشؤون البلدية والقروية والبيئية يطلب فيه ندب المستدعية إلى وظيفة في ملاك وزارته تلبية لحاجات العمل فيها ومن المبادىء المسلمة أنه يجب أن يكون التنسيب خطياً ليكون تحت رقابة السلطة صاحبة الصلاحية في إصدار قرار الندب .

٢ - أن وزيرة التنمية والشؤون الاجتماعية قد أفصحت عن الدافع الذي حدا بها لطلب ندب المستدعية من وظيفتها الأصلية للعمل في وزارة الشؤون البلدية والقروية والبيئية وهو حسب الادعاء -عدم تقيدها بواجباتها المنصوص عليها في المادة (٨١) وإتيانها بعض المحظورات المنصوص عليها في المادة

---

(١) عدل عليا : ٣٠/ ١٢/ ١٩٩٥ ، مجلة نقابة المحامين ، ١٩٩٧ ، ص٩٩٣ .

(٢) في موقف مجلس الدولة الفرنسي انظر : P. pacteau : op. cit., p. 70

(٨٢) من نظام الخدمة المدنية كما هو واضح في كتابها الموجه لدولة الرئيس بتاريخ ٢٤/ ٥/ ١٩٨٠ المحفوظ في ملف المستدعية السري تحت رقم (٩) المتضمن الشكوى من سلوك المستدعية الوظيفي وإتيانها بعض المحظورات وطلب نقلها أو إحالتها على التقاعد بداعي أن بقاءها في وظيفتها بالنسبة لذلك بات مستحيلاً مع أن المادة (٨٣) لاتوجب في مثل هذه الحالة ندب الموظف إلى دائرة أخرى وإنما توجب اتخاذ الإجراء المنصوص عليها فيها .

٣- إن قرار الندب لم يحدد الوظيفة التي انتدبت المستدعية للقيام بأعبائها كما تتطلب المادتان (٧٥, ٧٧) من نظام الخدمة المدنية، الأمر الذي لايمكن أن يستخلص منه أن الندب كان لتلبية حاجات العمل في الدائرة التي جرى الندب إليها وإنما كان لأغراض تأديبية "[1] .

وهناك العديد من الأحكام القضائية التي اعتمدت محكمة العدل على محتوى الملف الوظيفي لتحديد أسباب القرار وتقدير مشروعيتها " أما بخصوص المرض فإن المستدعي بعريضته المقدمة لوزير التربية والتعليم بتاريخ ١٨/ ٥/ ١٩٦٤ المرقمة في الملف برقم يعترف بأن حالته الصحية لاتحتمل الإجهاد وأنه بأمس الحاجة إلى الراحة التامة والإحالة إلى التقاعد لولا ظروفه المادية القاسية . ولهذا فإن ادعاء المستدعي أن الوقائع التي بني عليها القرار المطعون به هي وقائع غير صحيحة، هو ادعاء

(١) عدل عليا: ١٥/ ١٢/ ١٩٨٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص٢٩٧. وبذات المعنى: عدل عليا: ٢٣/ ٤/ ١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص١٠٣٩.

مردود "(1). وجاء في أحد أحكام محكمة العدل العليا "وبعد الاستماع لمرافعة الفريقين في جلسة علنية وتدقيق ملف المجلس التأديبي تبين من القرار المطعون به أن الذي ثبت ضد المستدعي هو أن كمية الجميد والسمن التي أخذها المدعو -لم يأخذها على سبيل الرشوة وإنما ابتاعها منه مقابل ثمن تعهد بدفعه في نهاية الشهر الذي تم به الشراء "(2). وتقول في حكم آخر " نجد أن ملفه يحوي تقارير من مدير التربية تثبت سوء سلوكه بغض النظر عن هذه التهمة وأصبح ضاراً في مدارس غايتها تربية أجيال المستقبل تربية صالحة لتنشئة مواطنين صالحين ولاتبلغ وزارة التربية والتعليم هذه الغاية بمثل هذاالسلوك، وبما أن ماحواه ملف المستدعي من بينات يكفي لثبات سبب العزل "(3)، وجاء في أحد أحكامها "تبين لنا من الاطلاع على ملف المستدعية والبينات المقدمة أنها امتنعت عن تدريس اللغة الإنجليزية رغم تكليفها من رؤسائها مع أنه من واجباتها بمقتضى الفقرة (ب) من المادة (٨١) من نظام الخدمة المدنية تنفيذ الأوامر والتوجيهات التي يصدرها إليها رؤساؤها ولما لم تنفذ الأوامر والتوجيهات الصادرة إليها منهم فهي قمينة بأن تتخذ بحقها إجراءات تأديبية "(4). وتقول محكمة العدل العليا في أحد أحكامها "وحيث إن المحكمة قد قنعت من البينات الواردة في ملف المستدعي بصحة السبب الحقيقي الذي بنت عليه الإدارة قرارها المطعون

---

(١) عدل عليا: ٣٠/ ١١/ ١٩٦٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٦، ص٣٧.

(٢) عدل عليا: ١/ ٣/ ١٩٦٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٦٦، ص٤٤٠.

(٣) عدل عليا: ١٩/ ٣/ ١٩٨٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٨٠، ص١٢١١.

(٤) عدل عليا: ١٨/ ٥/ ١٩٨١، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص١٢٢٧.

به "[1]. وتقول محكمة العدل العليا في حكم آخر "إذا لم يرد في الملف مايفيد إجراء ذلك، وكل ما ورد في الملف بهذا الشأن هو كتاب مدير المخابرات العامة المؤرخ ٢١/ ٦/ ١٩٧٢ المتضمن أن الاعتقال كان لغرض التحقيق ليس إلا دون بيان أية تهمة مسندة للمستدعي "[2]. وجاء في أحد أحكامها "ثبت من ملف المستدعي المبرز ومن أقوال وكيله المدونة على الصفحة السابعة من محضر المحاكمة أنه تغيب عن عمله من تاريخ ٤/ ٥/ ١١٩٧٨، وتبين أيضاً أن مجلس الوزراء أصدر قراره المشكو منه بتاريخ ١٤/ ٥/ ١٩٧٨ "[3]، وتقول المحكمة في حكم آخر "وحيث أنه من الثابت من ملف خدمة المستدعي ومن البينات المقدمة أن تغيب المستدعي عن عمله كان بسبب اعتقاله من قبل سلطات الأمن وأن مدير مصلحة المياه الذي هو رئيسه المباشر قد علم بهذه الواقعة قبل صدور القرار المطعون به "[4]. "وحيث من الثابت من ملف المستدعي أن العقوبات التي وقعت عليه تجاوزت عدد العقوبات المنصوص عليها في المادة (٧/ د) المشار إليها "[5] "وحيث إن الثابت من استدعاء الدعوى وملف المستدعي المبرز مع أوراقها أن خدمة المستدعي قد أنهيت في القوات المسلحة بتاريخ ١/ ١٠/ ١٩٩١ بمعنى أن المستدعي لم يكن موظفاً عمومياً أو متقاعداً عند إقامة هذه

---

(١) عدل عليا: ٢٧/ ٢/ ١٩٧٩، مجلة نقابة الحامين ١٩٧٩، ص٦٨٧.

(٢) عدل عليا: ١٠/ ٢/ ١٩٧٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٤، ص٣٢٦.

(٣) عدل عليا: ١١/ ١٢/ ١٩٧٨، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٩، ص١٦٣.

(٤) عدل عليا: ٦/ ٤/ ١٩٧٢، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٢، ص١٥٤.

(٥) عدل عليا: ١٧/ ٤/ ١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص١٠٣٢.

الدعوى وبذلك تخرج هذه الدعوى عن اختصاص محكمة العدل العليا "[1].

فإذا اعتمدت محكمة العدل العليا في الأحكام السابقة على الملف الوظيفي للطاعن لتحديد الأسباب التي بنى عليها القرار المطعون فيه، فقد رأت في أحكام أخرى أن الملف الوظيفي للطاعن لا يُعد المصدر الوحيد الذي تستمد منه أسانيد دحض مشروعية بعض القرارات الإدارية خصوصاً قرارات الإحالة على الاستيداع " أن الملف الوظيفي ليس المصدر الوحيد الذي تستمد منه أسانيد دحض المشروعية للقرار المطعون فيه بإحالة المستدعي على الاستيداع أو دفع قرينة صحته وقيامه على سببه المبرر له مادام أن المستدعي لم يقدم الدليل الإيجابي على صدور القرار مشوباً بعيب الانحراف بالسلطة أو بإساءة استعمالها "[2]، وقرارات الإحالة على التقاعد " إما الاحتجاج بأن المجلس القضائي وعند إصداره للقرار الطعين لم يضع نفسه في أفضل الظروف بداعي عدم عرض ملف المستدعي عليه فإنه وعلى فرض صحة ذلك لايغير من الأمور شيئاً باعتبار أن الملف ليس الوعاء الوحيد الذي تستمد منه أسانيد دحض مشروعية القرار القاضي بالإحالة على التقاعد أو دفع قرينة صحته وقيامه على سببه المبرر له "[3].

---

(١) عدل عليا: ١١/٦/١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٧، ص١٠٦١.

(٢) عدل عليا: ٢٦/٢/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٦٦٩.

(٣) عدل عليا: ١٧/٦/١٩٩٥، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٦٨٥.

المبحث الرابع
صلاحية القضاء في إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار المطعون فيه

إذا لم تفصح الإدارة عن أسباب قرارها، ولم يتمكن القضاء الإداري من تحديدها من أوراق الملف الإداري، فيملك إلزامها بالإفصاح عن هذه الأسباب حتى يتمكن من بسط رقابته القضائية على مشروعية هذه الأسباب. ولكن موقف القضاء الإداري في فرنسا والأردن تباين إزاء هذه المسألة، وبذا يتعين بحث الوضع في البلدين استقلالاً بالنظر لتباين الاجتهاد القضائي فيهما.

أولاً: موقف محكمة العدل العليا:

استقر قضاء محكمة العدل العليا على أن القضاء لايملك إجبار الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها المطعون به. فقد قضت "أما قول وكيل المستدعي أنه في حالة عدم بيان الأسباب يكون من حق المحكمة أن تطلب إلى مصدر القرار الإفصاح عن الأسباب الحقيقية التي صدر بالاستناد إليها -فقول غير وارد لأن المحكمة لاتجد مايسوغ سؤال الإدارة عن سبب إحالة المستدعي على التقاعد"[1]. كما قضت في حكم آخر "أما إذا كان المشرع قد أعفى الإدارة حين إصدارها أي قرار إداري كما هو

(1) عدل عليا: ٢٩/ ١/ ١٩٨١، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص٤٤٨.

الحال عند إحالة الموظفين على التقاعد من ذكر سبب الإحالة في قرارها فإن القضاء لايجبرها على تبيان ذلك السبب. ولو فعل ذلك لأصبح مشرعاً لا قاضياً مع أن القضاء يقف على الحياد بين المتقاضين ويساوي بين الطاعن والإدارة أثناء النظر في الطعن ولايساعد أحدهما على الآخر لأن حياد القضاء ضمانة من ضمانات حقوق المتقاضين ويحرص القضاء على توافرها في كافة مراحل القضاء. يضاف إلى ذلك أن اجتهاد محكمتنا مستقر على أنه لايجوز استدعاء مصدر القرار شاهداً في دعوى الطعن بالقرار الإداري. ومن باب أولى أن لاتناقشه المحكمة الحساب دون شهادة وفي غير حدود المحاكمة الجارية، وحيث إن المادة ١٥ من قانون التقاعد التي أثبتنا نصها في مستهل هذا القرار لاتوجب على الإدارة أن تبين سبب قرارها عند إحالة الموظف على التقاعد. كما أنها لم تبينه في قرارها. ولذا فإن طلب الوكيل من المحكمة تكليف الإدارة لبيان سبب قرار الإحالة لايتفق مع المبادىء القانونية ويصبح حقيقياً بالرد"[1].

تقييم هذا الاجتهاد القضائي:

لاشك أن هذا الاجتهاد القضائي الذي قررته محكمة العدل العليا منتقد ومعيب من الناحية القانونية البحتة. كما أنه ينطوي على نتائج خطيرة تهدد حقوق الأفراد وحرياتهم، وتحول دون ممارسة الرقابة القضائية على القرارات الإدارية، وتجعل منها

(١) عدل عليا: ١٦/٣/١٩٨١، مجلة نقابة المحامين ١٩٨١، ص١٢٤٠.

رقابة ظاهرية شكلية تخلو من أي قيمة عملية. فلا يجوز بداية تطبيق قواعد الإثبات على إطلاقها في مجال دعوى تجاوز حدود السلطة خصوصاً القاعدة الأصولية القاضية بالبينة على من ادعى، وبذا يتعين على الطاعن إثبات عدم مشروعية الأسباب القانونية التي يقوم عليها. وعليه يجد الطاعن نفسه عاجزاً عن إثبات عدم الأسباب القانونية والواقعية التي بني عليها القرار إذا التزمت الإدارة جانب الصمت ولم تفصح عن أسباب قرارها بشكل أو بآخر.

ويغفل هذا الاجتهاد القضائي طبيعة دور القضاء الإداري في توجيه الإجراءات، فيتسم هذا الدور بالطابع الإيجابي في توجيه الإجراءات (Caractere inquisitorial). لهذا يختلف دور القضاء المدني والإداري في توجيه الإجراءات، فإذا كان دور القضاء المدني يقتصر على فض النزاع بين الخصوم، تاركاً لهم توجيه الإجراءات، بحيث يقتصر دوره على مراقبتها، فإن القضاء الإداري على العكس من ذلك هو الذي يوجه الإجراءات، حتى يتمكن من تكوين عقيدته واقتناعه وتهيئة الدعوى للفصل فيها[1]. وعليه يملك القضاء الإداري بفضل دوره الإيجابي في توجيه الإجراءات التدخل للتخفيف من عبء الإثبات الملقى على كاهل المدعي، وذلك بمطالبة مصدر القرار بالإفصاح عن أسباب قراره وتقديم جميع المستندات التي يرى لزومها لتكوين رأيه في النزاع.

---

(١) الدكتور محمد حسنين عبدالعال، المرجع السابق، ص٩٣.

ولا شك أن تجريد القضاء الإداري من حقه في إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار المطعون به يؤدي إلى أن تصبح الرقابة القضائية التي يمارسها على أسباب القرار رقابة وهمية أو صورية. وهو وضع يحرم الأفراد من الضمانة القضائية، ويجعلهم تحت رحمة الإدارة التي تنفرد بتقرير أسباب قرارها دون معقب عليها من القضاء.

ثانياً: موقف مجلس الدولة الفرنسي:

تميز موقف مجلس الدولة الفرنسي بالتحرر وبإدراكه لدوره الإيجابي من توجيه لإجراءات تخفيفاً لعبء الإثبات الملقى على عاتق المدعي إذا التزمت الإدارة جانب الصمت، ولم تفصح عن أسباب قرارها المطعون به. لهذا أقر القضاء الإداري بحقه في مطالبة مصدر القرار بالإفصاح عن أسباب القرار، ففي حكمه الصادر في ١/ ٥/ ١٩٣٦ طلب مجلس الدولة من مصدر القرار قبل الفصل في موضوع الدعوى، أن يقدم في مهلة ثمانية أيام الأسباب التي استند إليها في إصداره[1]، ولكن معالم هذا الاجتهاد القضائي لم تتضح إلا بصدور حكم مجلس الدولة في ٢٨/ ٥/ ١٩٥٤ في قضية (Barel) التي أثارت ضجة سياسية واسعة. كما حاول المجلس في الأحكام القضائية اللاحقة مراعاة عدم المساواة بين خصوم دعوى تجاوز حدود السلطة، وتفوق أحدهما على الآخر. وتمثل فحوى هذا الاجتهاد في حق

(١) C.E: 1/5/1936, Rec, p. 485.

القضاء الإداري في مطالبة الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار الإداري شريطة أن يقدم الطاعن مايثبت جدية ادعائه .

أ- تقديم قرائن جدية:

ترجع بدايات الاجتهاد القضائي الخاص بحق القضاء الإداري بإلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار الإداري المطعون به إلى بداية هذا القرن . ولكن المجلس تطلب في حكمه الصادر في قضية باريل أن يقدم الطاعن قرائن جدية . وتدور وقائع هذه القضية في أن الإدارة استبعدت من قائمة المرشحين للالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة مجموعة من الأشخاص كان من بينهم السيد باريل الذي طعن بالقرار أمام مجلس الدولة . واستند في دعواه إلى عدم مشروعية قرار الاستبعاد؛ إذتم استبعادهم من المسابقة لأسباب سياسية ، وذلك لما تظنه الإدارة من قيام صلة وعلاقات بينهم وبين الحزب الشيوعي الفرنسي، وحاولوا تدعيم صحة هذه الادعاءات، أي الأسباب التي بنى عليها القرار المطعون إلى تصريحات أحد أعضاء مكتب الوزير الأول التي نشرتها جريدة (Lemonde) حول نية الحكومة في حرمان أعضاء الحزب الشيوعي من الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة . وكذلك إلى ماعبر عنه مدير المدرسة نفسه لأحد الأعضاء من أن سبب استبعاده هو صلته بالحزب الشيوعي، هكذا نعى المدّعون إلى قرار إقصائهم من التقدم إلى المسابقة أنه يستند إلى أسباب عدم مشروعيته (أسباب سياسية)، وبذا يمثل إخلالاً بمبدأ المساواة أمام تولي

المناصب العامة.

وقدم مفوض الحكومة السيد (Letourneur) تقريراً قيماً إلى مجلس الدولة في هذه القضية. فقد أوضح المفوض بداية أن الإدارة تتمتع بصلاحية تقديرية للحكم على صلاحية المرشحين لمسابقة الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة، وتقدير مدى استيفائهم للضمانات المطلوبة لتولي المناصب التي تخولهم الدراسة في المدرسة توليها بعد تخرجهم، ولكن ممارسة هذه الصلاحية التقديرية ليس مطلقاً، بل تخضع لحد أدنى من الرقابة القضائية تتمثل في رقابة الوجود المادي للوقائع، وصحة تكييفها القانوني، وعدم إساءة استعمال السلطة.

وبناءً عليه يملك القضاء الإداري مطالبة مصدر القرار بالإفصاح عن أسباب قراره، وتقديم جميع المستندات والوثائق التي يرى لزومها للوصول إلى اقتناعه، وإلا أضحت هذه القرابة القضائية رقابة وهمية وصورية مجردة من أية قيمة. فقد جاءت في تقريره التعبيرات التالية " ستكون الرقابة التي يمارسها القضاء رقابة نظرية، مجردة من أي قيمة عملية، وسيصبح القول بأن القاضي تجاوز حدود السلطة يراقب الوجود المادي والقانوني لأسباب القرارات المطعون بها نوعاً من التظاهر أو النفاق، إذا كان في وسع الإدارة وباختيارها الذاتي أن تمتنع عن الإفصاح عن سبب قرارها. وعليه لايمكن قبول هذا الوضع، وذلك لأنه ما دمنا قد سلمنا بوجود الرقابة القضائية،

فيجب أن تمارس بطريقة فعالة "[1].

وحاول مفوض مجلس الدولة دحض ادعاءات الإدارة بعدم التزامها بتسبيب بقراراتها إلا إذا وجد نص قانوني صريح يقضي بذلك. فقد أوضح أن هذا المبدأ لايخول الإدارة حق التزام الصمت والتهرب من رقابة القضاء الإداري. فالمقصود بهذا المبدأ هو سلامة القرار من عيب الشكل الناجم عن غياب التسبيب، فهو لايعني إطلاقاً إعفاء الإدارة من الالتزام بالإفصاح عن أسباب قرارها للقضاء، فيتولد هذا الالتزام من وجود الرقابة القضائية ذاتها، فهو شرط لاغنى عنه لممارسة هذه الرقابة. وبذا يختلف مفهوم هذا الالتزام عن مدلول ذلك المبدأ الشكلي السابق.

وإزاء صلاحية القضاء الإداري في مطالبة الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار المطعون به، أقام مفوض مجلس الدولة التفريق بين حالتين: أولهما: أن يمتنع القضاء الإداري عن الاستجابة لطلب المدعي بإلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها إذا اقتصر هذا الأخير على ترديد ادعاءات عامة مرسلة(Vagues allegations)[2]، فيعود هذا الرفض القضائي إلى اقتناعه بضرورة عدم إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها بالنظر لعدم كفاية ادعاءات الطاعن أو لعدم دقتها، وليس إلى حرية الإدارة في كتمان أسباب قرارها وحجبها عن القضاء الإداري. وثانيهما: أن يطلب

(١) Voir Ch. Debbasch, et. J. Recci: op. cit., No. 512, et, p.

(٢) P. Pacteau: op. cit., p. 73.

القضاء من الإدارة الإفصاح عن أسباب قرارها المطعون فيه إذا قدم الطاعن قرائن جدية (Presomptions Serieuses) يمكن اعتباره بداية بينة حقيقية (Commencement de Preuve)(١) وعليه يقرر القضاء إلغاء القرار إذا امتنعت الإدارة عن الإفصاح عن أسباب القرار. ويستند حكم الإلغاء على أحد أساسين مختلفين: أولهما: إن امتناع الإدارة عن الإفصاح عن أسباب جعل القضاء عاجزاً عن أداء مهماته القضائية لاسيما رقابة مشروعية القرارت الإدارية. وثانيهما: يمكن اعتبار امتناع الإدارة وإحجامها عن الإفصاح عن أسباب القرار المطعون فيه دليلاً على صحة ادعاءات الطاعن. وعليه اقترح مفوض مجلس الدولة إلغاء القرار استناداً لهذا الأساس الثاني.

وشايع مجلس الدولة مفوضه وقرر إلغاء استبعاد السيد باريل وزملائه من الالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة؛ إذ أنهم قدموا تأييداً ودعماً لادعائهم ملابسات ووقائع محددة تشكل قرائن جدية.

" Ils se prevalent a' l'appui de leur allegations des circonstances et des faits precis constituant des presomptions serieuses". (٢)

هكذا قرر مجلس الدولة اعتبار امتناع الإدارة وإحجامها عن الإفصاح عن أسباب القرار دليلاً على صحة ادعاءات الطاعن. كما قرر إلغاء القرار باعتباره مشوباً

(١) J. Auby et R. Drago: op. cit., No. 1440.

(٢) C.E: 28/5/1945, Barel, Rec, p. 308.

بعيب الخطأ في القانون، مما يوجب إلغاءه لتجاوز حدود السلطة.

وأكد القضاء الإداري لاحقاً على المبادىء التي وردت في حكم باريل. فقد اعتبر مجلس الدولة مسلك الإدارة بالامتناع عن الإفصاح عن أسباب القرار باعتقال أحد المحامين في الجزائر، واكتفائها بالقول بأن القانون لايلزمها بالتسبيب دليلاً على صحة ادعاءات الطاعن بأن القرار المطعون فيه يستند إلى وقائع غير موجودة مادياً[1]. وهو المسلك نفسه الذي اتبعه المجلس في حكمه الصادر في ٢٦/ ١٠/ ١٩٦٠ في قضية (Rioux) الذي ادعى بأن أسباب فصله من العمل هي أسباب سياسية[2].

وقرر القضاء الفرنسي أيضاً إعفاء الطاعن من تقديم قرائن جدية تشكل بداية حقيقية للدليل إذا كان موضوع ادعاءات الطاعن وقائع سلبية، فتعد ادعاءات الطاعن في هذه الحالة صحيحة إذا لم تنفها أو تكذبها الإدارة. وتجلى تطبيق هذا الاجتهاد أولاً في ميدان الوظيفة العامة ولاسيما في مجال التأديب الوظيفي[3]. فتعتبر ادعاءات الطاعن التي لم تنفها أو تدحضها الإدارة صحيحة حتى لو لم يطلب القضاء من الإدارة موافاته بوثائق ومستندات إدارية معينة. فالعتبيرات الشائعة التي يستعملها القضاء الإداري عادة هي "أن الطاعن يدعي دون أن يدحضه"[4]

(١) C.E: 3/1/1959, Grange, Rec, p. 85, et, 9/7/1954, Cordelet, Rec, p. 439.

(٢) C.E: 26/10/1960, Rioux, Rec, p. 558.

(٣) C.E: 25/1/1950, Rec, p. 54.

(٤) C.E: 18/6/1952. Rec, p. 322, et, 11/5/1973, Rec, 454.

"le requerant allegue sans etre contredit" وهي تعبيرات دالة على فحوى هذا الاجتهاد القضائي، كما أن القضاء الإداري يميل أيضاً إلى تفسير الشك لصالح الطاعن[1].

ونخلص مما سبق إلى أن القضاء يملك مطالبة الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها المطعون فيه إذا قدم الطاعن قرائن جدية على ادعاءاته[2]. وعليه يعد امتناع الإدارة وإحجامها عن تنفيذ الأمر القضائي بالإفصاح عن أسباب القرار دليلاً على صحة ادعاءات الطاعن.

ب- الاكتفاء بمجرد تقديم ادعاءات:

تبدأ هذه المرحلة بصدور حكم مجلس الدولة في ٢١/ ١٢/ ١٩٦٠ في قضية (Vicat-Blanc) التي تتشابه من حيث وقائعها مع قضية باريل. فقد استبعدت الإدارة السيد (Blanc) من قائمة المرشحين للالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة. لكنها تلافت الأخطاء التي ارتكبتها في القضية السابقة، فقد حرصت على الاستفادة من الدرس الذي تلقته في حكم مجلس الدولة في قضية باريل، فامتنعت عن الإفصاح عن أية قرائن أو ملابسات يمكن أن تدل على أسباب قرارها بالاستبعاد. لهذا لم يقدم الطاعن أية ملابسات أو وقائع محددة تشكل قرائن جدية على صحة ادعاءاته بعدم مشروعية

(١) C.E: 24/7/1907, Rec, p. 707.

(٢) C.E: 26/1/1968, Rec, p. 62.

قرار الإقصاء . فقد اكتفى بتأكيد أنه قد راعى في سلوكه دائماً اعتبارات التحفظ والوقار اللازمة للالتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة، وبذا لايمكن تفسير قرار استبعاده إلا بأسباب سياسية . هكذا حال التزام الإدارة جانب الصمت وامتناعها عن الإدلاء بأية تصريحات أو الكشف عن أية وقائع قد تدل على أسباب قرارها، دون تقديم أية ملابسات أو وقائع محددة تشكل قرائن جدية على صحة ادعائه . فقد جاءت التعبيرات التالية في تقرير مفوض مجلس الدولة السيد (Sauzet) المقدم في هذه القضية "إن الطاعن لم يستشهد بأي قول أو كتابة أو تصرف إداري يمكن أن تدعم ادعائه وتخلق قرينة على تجاوز السلطة"[1].

وإدراكاً منه لدوره في حماية حقوق الأفراد وحرياتهم، وانسجاماً مع دوره الإيجابي في توجيه الإجراءات، قرر مجلس الدولة مطالبة الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها المطعون فيه رغم أن الطاعن لم يقدم أية ملابسات أووقائع محددة تشكل قرائن جدية على صحة ادعاءاته، بل إن كل ما قدمه هو مجرد ادعاءات . وعليه قرر مجلس الدولة إلغاء القرار الإداري باستبعاد السيد Blanc من الإتحاق بالمدرسة الوطنية للإدارة؛ إذ أن مسلك الإدارة السلبي وامتناعها عن الإفصاحعن أسباب القرار دليل على صحة ادعاءات الطاعن بأن أسباب إقصائه من التقدم

(١) "Il ne cite aucun e'crit, aucun parole, aucun acte d'administration qui viendraient donner consistance a' son grief et feraient naitre une presomption d'exces de pouvoir". Conclusions du commissaire du gouvernement U. Sauzet, sous C.E: 21/12/1960, D, 1961, p, 421.

للمسابقة هي أسباب سياسية[1]. وأعاد مجلس الدولة الفرنسي التأكيد على هذا الاجتهاد القضائي لاحقاً[2]. وهو اجتهاد يؤكد الطابع التحرري الذي تبناه مجلس الدولة، ومهمته في حماية مبدأ المشروعية، والمحافظة على حقوق الأفراد وحرياتهم من اعتداء الإدارة[3].

وبناءً عليه يقرر القضاء الإداري إلغاء القرار المطعون فيه إذا امتنعت الإدارة عن الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي حملتها على إصداره أوإذا أفصحت عنها بصورة عامة مرسلة. فيعد عدم كفاية الأسباب القانونية والواقعية التي أفصحت عنها الإدارة وكأنه عدم إفصاح للأسباب، وتأخذ ذات الحكم[4]. كما قرر مجلس الدولة الفرنسي مد نطاق هذا الاجتهاد القضائي خارج مجال الوظيفة العامة، خصوصاً في ميدان الضبط الإداري[5]. فلم يطلب القضاء من الإدارة حتى في هذا المجال موافاته بالوثائق والمستندات الإدارية، بل طلب منها الإفصاح عن الأسباب القانونية والواقعية التي حملتها على إصدار القرار المطعون فيه[6].

---

(١) C.E: 21/12/1960, premier ministre c/Vicat Blanc, D, 1961, p. 421.

(٢) C.E: 10/1/1968 Daudens et autres, Rec, p. 24- 26/1/1968, maison genestal, Rec, p.62.

(٣) C.E: 23/12/1955, p. 608- 26/6/1960, Rec, p. 412-28/1/1968, Rec, p. 62.

(٤) J. Auby et R.Drago, 1439.

(٥) C.E: 26/1/1968, Rec, p. 62

(٦) C.E: 8/11/1972, Rec, p. 719.

وبالتأسيس على ما سبق يملك القضاء الإداري إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها المطعون فيه حتى لو لم يكن هنالك نص تشريعي صريح يلزمها بالتسبيب. وإذا كان التسبيب يتعلق بعيب الشكل، فلا يحتج به بمواجهة القضاء الإداري خلال بحثه عن الأسباب[1]. وعليه يتعين على الإدارة أن تكشف عن جميع هذه الأسباب للقضاء إذا أصدر أمراً بالإفصاح عنها[2]. كما تُلزم بتقديم جميع الأمور التي تسمح للقضاء بالتحقق من أن القرار غير مشوب بانعدام الوجود المادي للوقائع أو بخطأ في القانون أو الانحراف في استخدام السلطة أو الخطأ الظاهر في التقدير[3]. لهذا قيل عن هذا الاجتهاد القضائي بأنه اجتهاد يتفق مع حقيقة دور القضاء الإداري في توجيه الإجراءات. فالقضاء الإداري هو السيد والمهيمن في مجال الإثبات. وبهذا يختلف دوره عن دور القضاء المدني.

ويجدر التذكير أخيراً أن القضاء الإداري لايعتد في رقابته لأسباب القرار المطعون فيه إلا بالأسباب التي بني عليها فقط. فقد قضت محكمة العدل العليا "وحيث أن هذه الأسباب تتعلق بتهم مسندة إلى المستدعي وهي أسباب لاتمت بصلة إلى السبب الذي بنى عليه القرار المطعون به (الترميج من الخدمة في الأمن العام) وهو عدم الحاجة إلى خدمات المستدعي فإن القرار المطعون به بالنسبة لذلك يكون

---

(١) A. de laubadere: op. cit., 1204.

(٢) Rene Hostiou: op. cit., p. 174.

(٣) G. Vedel et p. Delvolve: op. cit., p.802.

مبنياً على سبب غير واقعي. وبالتالي يكون القرار حقيقاً بالإلغاء. أما كون الأسباب المبينة بكتاب مدير الأمن العام تبرر أو لاتبرر إنهاء خدمة المستدعي فإن البحث بهذا الأمر يخرج عن نطاق الدعوى مادام أن القرار المطعون به لم يستند إليها "[١]. وقضت محكمة العدل العليا في أحد أحكامها " لاتملك محكمة العدل العليا حق البحث في سبب جديد لم يستند إليه القرار المشكو منه، لأن رقابتها تقتصر على بحث الأسباب الواردة في القرار ذاته. ويشترط لصحة القرار الإداري أن يكون مؤسساً على وقائع صحيحة لا على مجرد الشكايات والشائعات، وأن يكون تقدير هذه الوقائع مبنياً على أساس سليم "[٢]. وقضت في حكم آخر " أن المستدعى ضده قد أفصح عن السبب الذي دعاه لاتخاذ القرر المطعون فيه والمتمثل بعدم كفاءة المستدعية للوظيفة التي عينت فيها فإن لمحكمتنا أن تراقب صحة قيام هذا السبب إلى جانب المستدعية ذلك أنه متى بني القرار على سبب معين قام عليه واستمد كيانه من سند قانوني أفصح عنه وكان هو علة صدوره فإن من شأن عدم قيام هذا السبب أن يصبح القرار معيباً في ذاته ولايجدي في تصحيحه بعد ذلك تغيير سببه على نحو ماذهب إليه وكيل المستدعى ضده في مرافعته الختامية وإن جاز أن يكون هذا مبرراً لصدور قرار جديد على الوجه الصحيح "[٣].

---

(١) عدل عليا: ٢٢/ ٧/ ١٩٧٠، مجلة نقابة المحامين ١٩٧٠، ص٥٧٤.

(٢) عدل عليا: ١٣/ ١/ ١٩٥٤، مجلة نقابة المحامين ١٩٥٤، ص٧٤.

(٣) عدل عليا: ١٦/ ١/ ١٩٩٦، مجلة نقابة المحامين ١٩٩٦، ص٧٥٧.

خاتمة:

يتضح من خلال دراستنا السابقة أهمية تسبيب القرارات الإدارية لممارسة الرقابة القضائية، ولكن عدم التزام الإدارة بتسبيب أي قرار لايعني خلوه من سببه، فوجود السبب أمر مفروغ منه، فلا يمكن تصور إصدار أي قرار بدون سبب أو موجب. وتلزم الإدارة بتسبيب قراراتها إذا وجد نص قانوني صريح يقضي بذلك أو إذا فرضه القضاء الإداري صراحة. لهذا يُعد غياب التسبيب أو عدم كفايته عيباً شكلياً يندرج ضمن عدم المشروعية الشكلية وليست الموضوعية.

فإذا كانت القاعدة العامة في مجال تسبيب القرارات الإدارية هي عدم التزام الإدارة بالتسبيب إلا إذا وجد نص قانوني صريح يلزمها بذلك أو إذا فرضه القضاء الإداري، فإن تحديد أسباب القرار المطعون فيه أمر لازم وضروري لممارسة الرقابة القضائية. لهذا يملك القضاء الإداري تحديد هذه الأسباب بغية تقدير مشروعيتها، وبذا يملك أن يطلب من الإدارة موافاته بجميع الأوراق والمستندات التي اعتمدت عليها في إصدار القرار المطعون. كما يملك لهذه الغاية طلب إبراز الملف الوظيفي للمستدعي. وبفضل هاتين الوسيلتين تمكن القضاء الفرنسي والأردني من تحديد أسباب القرار المطعون فيه وتقدير مشروعيتها. كما يعد امتناع الإدارة عن إبراز الوثائق والمستندات الإدارية أو الملف الوظيفي دليلاً على صحة ادعاءات الطعن حتى لو كان الامتناع عائداً لأسباب خارجة عن الإدارة مصدرة القرار. وعليه تملك الإدارة

الامتناع عن إبراز مايطلبه القضاء الإداري إلا إذا كانت الوثائق والمستندات كما رأينا سرية وأن إفشاء مضمونها يضر بالمصلحة العامة. ولكن يلاحظ أن هناك تباين واضح في الاجتهاد القضائي في فرنسا والأردن.

وإذا كانت محكمة العدل العليا قد رفضت إلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب قرارها المطعون فيه، فإن مجلس الدولة الفرنسي سار بعكس ذلك، لهذا قرر أن من حق القضاء الإداري مطالبة الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار إذا قدم الطاعن قرائن جدية تشكل بداية دليل على عدم مشروعية القرار، إلا أنه بدأ يميل تدريجياً للتخفيف من حدة هذا الاجتهاد، وبدأ يكتفي بمجرد تقديم ادعاءات. وعليه تدخل القضاء الإداري في فرنسا والأردن لصالح المدعي بغية التخفيف من وطأة عبء الإثبات الملقى على كاهله. ولكن اجتهاد محكمة العدل العليا الأردنية لازال قاصراً وفي بداية الطريق. فضلاً عن اجتهادها القضائي الخاطيء الذي اعتبرت بمقتضاه القضاء الإداري طرفاً محايداً بين خصوم دعوى الإلغاء، فقد رفضت التدخل لإلزام الإدارة بالإفصاح عن أسباب القرار المطعون فيه. لهذا يتعين على القضاء الإداري الأردني العدول عن هذا الاجتهاد القضائي بالنظر لما يمثله من مجافاة للدور الإيجابي الذي يتمتع به القضاء في توجيه إجراءات الخصومة الإدارية.

The Role of Administrative Law In Defining Impetuses leading to Orders under Impugnation

By

Dr. Ali Khattar Shatnawi

Faculty of Law, University of Jordan

The research explains the role of Administrative Law in defining the reasons behind impugnated orders, stressing the importance of having reasons that lead to issuing administrative orders, announced by the administration . The researcher discusses the judicial power in defining such reasons.

The research was ended with conclusions derived from the study of the role of Administrative Law in defining the impetuses leading to orders under impugnation.



النظام القانوني
لدفع المقابل المالي في العقد الإداري

طبقاً لقانون الصفقات العمومية الجزائري لسنة ١٩٩١ المعدل

إعداد

عزاوي عبدالرحمن *

* أستاذ مساعد مكلف بالدروس بمعهد العلوم القانونية - جامعة تلمسان - الجزائر.

مقدمة:

العقد الإداري -أو كما يسمى أحياناً الصفقة العمومية- في مفهومه العام المبسط -عقد مكتوب يبرمه أحد أشخاص القانون العام (الدولة، الولاية، البلدية والمؤسسة العامة ذات الطابع الإداري في النظام القانوني الجزائري)[1] مع أحد الأشخاص القانونية الأخرى، عام أو خاص، طبيعي أو معنوي كمقاول أو مورد وفق شروط معينة ومحددة قانونياً، بهدف انجاز أو تنفيذ أشغال عامة أو توريدات أو أداء خدمة، على أن تسلك الإدارة المتعاقدة في ذلك أساليب القانون العام[2].

---

(١) استعمل المشرع الجزائري في هذا الشأن مصطلح (المصلحة المتعاقدة)، وذلك ابتداء من المادة الثانية من المرسوم ٩١-٤٣٤ الصادر ٩ نوفمبر ١٩٩١ والمتضمن قانون الصفقات العمومية ج ر رقم ٥٧/ ١٩٩١ وقد حصرت المادة المذكورة مجال تطبيق هذا القانون في الإدارات العمومية والمؤسسات العامة ذات الطابع الإداري فقط حيث تنص: " لاتطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات المتضمنة مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة، والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، المسماة أدناه المصلحة المتعاقدة" .

(٢) مع ملاحظة أن مصطلح صفقة في النظام القانوني الجزائري قد أصبح من الاتساع والعمومية، بحيث يشمل مفهوم الصفقة في القانون الإداري بمعنى العقد الإداري، في سياق المفهوم التقليدي المتعارف عليه في فقه القانون الإداري، كما يشمل مفهوم الصفقة في القانون الخاص فكل عقد إداري صفقة عمومية، ولكن ليست كل صفقة عمومية عقداً إدارياً، ومن ثم فهناك اختلاف من حيث التكوين وطرق الإبرام والأحكام التي سوف تحكم العقد، وخاصة عندما نجد المادة السادسة من نفس القانون تعطي الإدارة أو المصلحة المتعاقدة صلاحية الاختيار بين تطبيق أحكام القانون (المرسوم) أو عدم تطبيقها إذا لم يتجاوز مبلغها الأربعة ملايين (٤٠٠٠,٠٠٠) دينار جزائري، فقد تختار تطبيق قواعد القانون الخاص دون قواعد القانون العام بالتالي لاتكون أمام عقد إداري بل عقد من عقود القانون المدني.

وبديهي أن يشتمل العقد الإداري - أو الصفقة العمومية- كغيره من العقود الأخرى على بنود تترتب بمقتضاها حقوق والتزامات في ذمة كل من الإدارة والمتعاقد معها، يجب تنفيذها بدقة وحسن نية وفق الشروط والآجال المتفق عليها والمحددة في العقد.

ولعل مايمكن الإشارة إليه- ومن باب التذكير- هو اختلاف العقد الإداري عن العقد المدني أو التجاري من حيث طبيعته ووضعية المتعاقدين ومدى التوازن بين إرادتيهما، وهذا بالنظر لما تحوزه الإدارة من صلاحيات في مواجهة المتعاقد معها، وخاصة عند تنفيذ العقد كسلطة التوجيه والمراقبة والتعديل في العقد أو توقيع الجزاء والعقوبات، وهذا بسبب كون الإدارة تمثل طرفاً متعاقداً يسهر دائماً على تحقيق المصلحة العامة، في حين أن المتعاقد معها-وهو شخص قانوني خاص عادة- يهدف إلى تحقيق الربح ومصلحته الخاصة.

ولكن تجب الملاحظة مع ذلك أن الإدارة ومع تمتعها بمثل هذه الصلاحيات فهي لاتطال المقابل المالي في العقد، إذ ليست سلطتها مطلقة في هذا المجال، بل ترد عليها قيود، لاسيما بالنسبة للترتيبات المتعلقة بتسديد المقابل المالي؛ والذي يشكل حقاً أساسياً للمتعاقد يجب الوفاء به كاملاً وفي آجاله. ذلك أن هذا الأخير عندما يتعاقد ويلتزم أمام الإدارة بإنجاز عمل أو تقديم خدمة، إنما يفعل ذلك بنية تحقيق مصلحته المادية والمالية بالربح والمتمثل في ثمن الصفقة وفق ترتيبات محددة في العقد وفي

أجل محدد ومعلوم أيضاً. وهذا هو موضوع بحثنا في هذه الدراسة.

ولنا أن نتساءل في هذا المقام عن الإجراءات والترتيبات العملية لتنفيذ الجانب المالي للعقد من جانب الإدارة؟ وهل تحترم هذه الأخيرة دائماً الآجال اللازمة لدفع المبالغ المالية المستحقة عليها للمتعاقد معها؟ وفي حال إخلالها بهذا الالتزام أو التأخر في أدائه هل تترتب على ذلك مسؤوليتها العقدية، خاصة ماتعلق منها بالفوائد التأخيرية؟ وما السبيل أو الإجراء الذي يجب على المتعاقد اتباعه للحصول على حقه في تعويض عما أصابه من ضرر؟ ذلك ما سأعرض له بالتفصيل في موضوعنا هذا طرق وآجال تسديد المقابل المالي في العقد الإداري في قانون الصفقات العمومية الجزائري.

الفصل الأول

حق تقاضي المقابل المالي في العقد الإداري

أساسه وطبيعته القانونية

المبحث الأول

تقاضي المقابل المالي حق أساسي للمتعاقد

لعله من نافلة القول الإشارة إلى أن الطابع المميز للصفقات التي تبرمها الإداراة مع الأشخاص القانونية الأخرى هو توخي الربح من قبل المتعاقدين مع الإدارة وهو المتمثل في الثمن أو المقابل المالي، لقاء إنجاز أو تنفيذ موضوع الصفقة، وهذا بفعل الالتزامات المتبادلة لأن العقد عقد معاوضة، غير أن هذا الأصل العام ترد عليه استثناءات سواء من حيث طبيعته التعاقدية أو من حيث الاستحقاق، وهو مانعرض له تباعاً.

المطلب الأول

الأساس القانوني للحصول على المقابل المالي

(الأصل والاستثناء)

الفرع الأول

حق تقاضي المقابل المالي حق ثابت قبل الإدارة

إن أهم حق يتضمنه العقد أو الصفقة لمصلحة المتعاقد مع الإدارة هو حقه في تقاضي المقابل المالي، بل هو حقه الأساسي وأهم حقوقه على الإطلاق، وهو أيضاً أول وأهم التزامات الإدارة، ذلك أن المقاول أو المورد عندما يخوض غمار عمليات إبرام الصفقات العمومية (المناقصات وطلب العروض) وعندما يتعهد بالوفاء بالتزاماته التعاقدية أمام الإدارة إنما يستهدف من وراء ذلك كله تحقيق الربح قل أو كثر، والذي يدفع نقداً، كما في عقد الأشغال العامة مثلاً أو التوريد أو النقل. . . . الخ، بالإضافة إلى كونه معاوناً لها.

وأما عن تحديد هذا المقابل المالي كسعر أو ثمن، فإنه يتم بالاتفاق بين الإدارة والمتعاقد معها، ويكون قد حدد عملياً بموجب رسو الصفقة على المتعاقد المذكور ثم إتمام إجراءات إبرام العقد بصفة نهائية، ويصبح بذلك ملزماً للطرفين ولا يمكن لأي منهما التحلل منه أو تعديله بإرادتها المنفردة عدا ما يعترف به للإدارة من سلطة التعديل

زيادة أو نقصاناً في حجم الأعمال المتعاقد عليها، وحسب ما تقتضيه المصلحة العامة، ولكن بشرط ضمان إعادة التوازن المالي للعقد. غير أن هذا لايعني أن المقابل المالي لايقبل التعديل إطلاقاً، بل أن السعر الذي يمثل في النهاية ثمن الصفقة قابل للمراجعة والتحيين كما نص على ذلك قانون الصفقات العمومية الجزائري[1].

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على حق تقاضي المقابل المالي في العقد الإداري، وتحديده كنتيجة تعاقدية

هناك نوعان من الاستثناءات التي ترد على هذا الحق في العقد الإداري أو الصفقة العمومية بشكل عام، أحدهما يتعلق بالصفقة التعاقدية لشروط تحديد السعر أو الثمن، والثاني يمنع المتعاقد مع الإدارة من تلقي الثمن بل يصبح مديناً به.

أولاً: الاستثناءات الواردة على الصفة أو الطبيعة التعاقدية لتحديد سعر أو ثمن الصفقة العمومية والعقد الإداري.

(١) وهو ما نظمه المشرع في القسم الثاني من الباب الرابع من المرسوم المتضمن قانون الصفقات العمومية الجزائري، تحت عنوان (أسعار الصفقات) وذلك في المواد من ٥٢ إلى ٦١، إذ طبقاً للمادة ٥٣ يمكن أن يكون السعر ثابتاً كما يمكن أن يكون قابلاً للمراجعة، وذلك بالاستناد إلى أرقام مرجعية تخص بعض المواد والأسعار في السوق، وقد استعمل المشرع هنا مصطلحاً متميزاً وهو مصطلح (تحيين الأسعار، على أن مراجعة هذه الأسعار أو تحيينها يسير حتماً في مصلحة المتعاقد مع الإدارة ولفائدته).

والأصل العام في سعر الصفقة العمومية (العقد الإداري) أن يحدده المتعاقدان بحرية في الاتفاق الذي ينتج عنه العقد بعد رسو الصفقة على المتعاقد المعني بعد الإيجاب والقبول، ومن ثم فإن الشروط المنصوص عليها في بنود العقد وفقراته والتي تحدد السعر لها طبيعة تعاقدية على أن تكون متفقة مع النصوص التشريعية والتنظمية التي تحدد إجراءات إبرام الصفقات بصفة عامة والتي تنطبق على جميع العقود التي تبرمها الإدارة، ولكن هذه الشروط ليست طبيعة تعاقدية دائماً، بل تكون قانونية أو تنظيمية أو لائحية.

١ - فتكون تلك الشروط ذات طبيعة قانونية عندما يتدخل المشرع في مجال تحديد الأسعار، بفرض تسعيرة رسمية، ويصبح النص المقرر لها في هذه الحالة ملزماً ليس فقط للأطراف المتعاقدة مع الإدارة، بل هذه الأخيرة أيضاً، إذ يصبح النص قاعدة آمرة، ولايمكن الخروج عن الحد الأقصى الذي يحدده، النص المذكور، وهو مايسمى بالتسعير الجبري لبعض المواد، وهذا يمثل قيداً على حرية المتعاقدين في تحديد السعر ومن شأنه الانتقاص من الربح الذي يعد الرائد الأول للمتعاقد مع الإدارة، غير أن هذا الوضع يتماشى مع طريقة تدخل الدولة في حالات وأوقات معينة، لايخدم النظام القانوني للعقد الإداري كعمل قانوني، ولا كوسيلة أو تقنية قانونية لتنفيذ النفقات العمومية ومساهمة الأفراد في تنفيذ المشاريع التي ترغب الإدارة

في إنجازها[1].

٢- كما وقد تكون هذه النصوص المحددة لسعر الصفقة ذات طبيعة لائحية[2]، ويكون ذلك بصورة أساسية في عقد الامتياز الذي يتمثل فيه المقابل المالي أو السعر في الرسوم التي يتقاضاها من جمهور المستفيدين من الخدمة التي يسديها المرفق المدار بطريقة الامتياز. والشروط المتعلقة بتحديدها تعد من الشروط اللائحية لا التعاقدية، وبالتالي تستطيع الإدارة تعديلها بإرادتها المنفردة، ومرد أساس حق الإدارة في ذلك هو مقتضيات سير المرفق العام، وهي الساهرة على حسن سير المرافق العامة وجدوى الخدمات التي تقدمها للجمهور، سواء كانت تديرها هي بنفسها أو عن طريق ملتزم بعقد امتياز، ومن جهة أخرى فإن المشرع قد يخول الإدارة سلطات خاصة فيما يتعلق

(١) انظر د، سليمان محمد الطمطاوي الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٧٤ الصفحة ٥٨٠ وكذلك أندريه ديلوبادير مطولة العقود الإدارية ١٩٥٦، ص٢٠٥، إذ يتساءل عن النصوص التي تحدد رسم الامتياز هل تشكل نصوصاً تعاقدية أم تنظيمية، فيتبنى الحل الثاني.

غير أن هذا قد يحدث في حالات وأوضاع معينة، ويتماشى مع مدى تدخل الدولة في تحديد مسار الاقتصاد الوطني بشكل عام، وتحديد الأسعار في السوق بشكل خاص، وهو أمر يحدث استثناء أو نادراً في الوقت الحاضر، إذ يتنافى مع سياسة اقتصاد السوق ومن شأنه أن يبعد إزاءه المتعاقد مع الإدارة، وينقص من الربح الذي يعد رائده الأول والأخير في الإقبال على التعاقد أصلاً، خاصة سقف سعر البيع وحجم الربح الذي يمكن أن يحصل عليه ولا يمكنه تجاوزه، وقد لايصله أصلاً، خاصة إذا تجاوزت التكلفة حداً معقولاً.

A DELAUBADERE: TRAITES DES MARCHES PUBLICS DALLOZ 1956 P205.

(٢) المرجع السابق.

بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، علاوة أن هناك بعض النصوص التنظيمية يجب أن تطبق على جميع العقود أو الصفقات من نفس النوع وهي ماتسمى بدفاتر الشروط أو المقتضيات المشتركة.

ثانياً : والاستثناء الثاني الذي يرد على حق تقاضي المقابل المالي، يتمثل في كون المتعاقد مع الإدارة لاينتظر تلقي هذا المبلغ منها، بل على العكس من ذلك ينص العقد على أن يلتزم هو بدفع رسم أو مبلغ مالي معين للإدارة، كما هي الحال بالنسبة لعقد تقديم المعاونة أو عقد شغل المال العام أو استئجاره واستعماله استعمالاً خاصاً، كشغل جزء من المال العام أو الدومين العام لإقامة محطة بنزين خاصة أو كشك ، ففي مثل هاتين الحالتين لاينتظر المتعاقد مع الإدارة التي يتبعها المال المذكور. مع الإشارة إلى أن هذا الاستثناء الأخير لايهمنا كثيراً في حالة موضوعنا هذا، الذي نود التركيز فيه على الحالات التي يكون فيها المتعاقد مع الإدارة دائناً لها بالمبلغ المالي الذي يمثل المقابل المالي في العقد الإداري كعقد معاوضة.

المطلب الثاني
الطبيعة القانونية لإجراء الحصول على المقابل المالي وكيفية تحديد ثمن الصفقة

الفرع الأول
الطبيعة التعاقدية واللائحية لشروط تحديد ثمن أو سعر الصفقة (العقد الإداري)

الأصل في الثمن أو السعر في العقد الإداري أنه يحدد باتفاق الارادتين أي إرادة الإدارة وإرادة المتعاقد معها . وتفادياً لتكرار ما قيل في المطلب الأول من هذا المبحث نقول بأن الصفة التعاقدية لشرط تحديد المقابل المالي يعد الشرط أو العنصر الأصلي الوحيد الذي تظهر فيه الإرادة المستقلة للمتعاقد والمتساوية مع إرادة الإدارة عندما يقترح على هذه الأخيرة عطاء معيناً بمناسبة التعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام الصفقة والتي قد تتخذ شكل المناقصة أو التعاقد بالتراضي حسبما نصت عليه المادتان ٢٣ و٢٤ من قانون الصفقات العمومية الجزائري واللتان تقضيان بأن الطريقتين المعتمدتين لإبرام الصفقات هما طريقة التراضي والمناقصة . ومما يدعم ذلك أن من بين الأحكام التعاقدية التي نصت عليها المادة ٥١ من قانون الصفقات العمومية ببنودها الـ ٢١ نجد دفع المقابل المالي الذي يمثل سعر أو ثمن الصفقة كما سبق القول .

الفرع الثاني

طرق أو تقنيات تحديد ثمن أو سعر الصفقة

أما عن القاعدة أو المقياس الذي يحدد على أساسه الثمن فقد نصت المادة ٥٢ من قانون الصفقات العمومية تحت عنوان أسعار الصفقات " يدفع أجر المتعامل المتعاقد وفق الكيفيات التالية :

- بالسعر الإجمالي والجزافي .
- بناء على قائمة سعر الوحدة .
- بناء على النفقات المراقبة " .

وبالإضافة إلى ذلك فقد تتبع في تحديد الثمن طرق أخرى بالاستناد أو الإحالة إلى عناصر خارجة عن العقد . ومن هذا القبيل اتخاذ الأسعار السائدة في السوق في وقت محدد أساساً للمحاسبة أو اعتماد متوسط السعر المعمول به في المناقصات السابقة خلال العام السابق على التعاقد كمرجع وأساس للمحاسبة يتماشى مع طبيعة العقد، وخاصة العقود المرجعية كعقد الأشغال العامة وعقد التوريد .

هذا مايمكن قوله بإيجاز عن حق المتعاقد مع الإدارة في تقاضي المقابل المالي في العقد الإداري أو الصفقة العمومية بشكل عام وطبيعته ومايرد عليه من استثناءات وأخيراً كيفية تحديده . ونتناول في المبحث التالي آجال وكيفيات تسديد المقابل المالي المذكور .

المبحث الثاني
أجل وكيفية تسديد المقابل المالي في الصفقة العمومية
(العقد الإداري)

من بين المسائل الجوهرية التي تتضمنها العقود بصفة عامة، والإدارية خصوصاً، تحديد المدد والآجال المقررة لتنفيذ العقد والوفاء بالالتزامات العقدية، سواء بالنسبة للإدارة أو المتعاقد معها، ذلك أن احترام مدد أو آجال تنفيذ هذه الالتزامات في العقد الإداري لا ينحصر في العلاقة بالالتزامات التعاقدية كما هي الحال في العقود المدنية فحسب، بل يتصل أيضاً باحترام قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد والغرض من الخدمة التي يسديها لجمهور المنتفعين بها. فإذا كان المعتاد أن المدة أو الأجل المقرر في العقد الإداري يقصد به عادة المتعاقد مع الإدارة، فإن الخطابة بشأن تسديد المقابل موجه من الإدارة (أو المصلحة المتعاقدة). وللوقوف على هذه الحقيقة بجميع ترتيباتها ومعطياتها ندرس أولاً المقصود بأجل التسديد من خلال قاعدة الأعمال أو الخدمات المنجزة وعملية المعاينة والتقييم لننتهي بالطرق التقنية التي يتم بموجبها دفع هذا المقابل المالي.

المطلب الأول
المقصود بأجل التسديد وكيفية احتسابه

تطبيقاً للمبدأ الأساسي للمحاسبة العامة، فإن التسديد ودفع الثمن أو المقابل المالي يخضع لقاعدة الدفع بعد أداء الخدمة، أي لايكون إلا بناء على أعمال تمت وأنجزت فعلاً، ومن ثم فإن الإدارة تدفع المبلغ المتفق عليه بعد إنجاز العمل أو تسليم التوريدات المطلوبة، ويترتب على ذلك وفي حال عدم وجود نص مخالف في العقد، أن القاعدة هي الدفع الوحيد والنهائي، بعد الانتهاء من الأعمال وتسليمها كاملة، أي أن الدفع يكون إجمالياً ويتم دفعة واحدة، ويترتب على هذا الطرح أن حلول أجل تسديد ثمن الصفقة العمومية يكون بالانتهاء من تنفيذ موضوع هذه الأخيرة، غير أن الواقع العملي وضرورة التعامل المرن بين الإدارة والمتعاقدين معها يفرضان اتباع إجراءات أكثر مرونة وفائدة للعلاقة التعاقدية، لذلك فقد غدا من الممكن أن يتم الدفع وفق نظام الأقساط وبعد نفاذ وإنجاز مرحلة من العمل المطلوب، أو حتى قبل البدء في التنفيذ الفعلي لموضوع الصفقة كما في حالة التسبيقات التي تدفعها الإدارة وفق ترتيبات معينة نعرض لها في حينها، أو حالة التنفيذ الجزئي لموضوع الصفقة إذ يستحق المتعاقد بموجبه وبعد حلول أجله الدفع الجزئي نبينه فيما بعد أيضاً.

وعموماً يمكن القول بأن المقصود بعبارة آجال التسديد الواردة في قانون الصفقات العمومية الجزائري (المدد والمواعيد المحددة للإدارة للوفاء بأحد أهم التزاماتها التعاقدية، والحق الأساسي للمتعاقد معها، ألا و هو دفع وتقاضي المبلغ المالي أو الثمن المستحق عن تنفيذ موضوع الصفقة).

ونشير أيضاً إلى أن أمر تحديد آجال التسديد المذكور يعود إلى شروط وبنود ونصوص العقد نفسه، هذا الأجل يعد بمثابة ضمان للمتعاقد مع الإدارة للحصول على حقه في تلقي المقابل المالي في الوقت المناسب، بحيث لاتستطيع الإدارة تجاوزه دون أن تعرض نفسها للمسؤلية العقدية.

ولكن لنا أن نتساءل عن طبيعة النصوص أو الشروط المحددة لآجال التسديد وعن دور كل من الإدارة والطرف الآخر المتعاقد معها في ضبط مثل هذا الأجل وتحديده.

أ- فالبنسبة لدور كل من المتعاقدين في تحديد هذا الأجل، يجب الرجوع والاستناد إلى مانصت عليه المادة ٧٧ من قانون الصفقات العمومية الجزائري من أنه " يجب أن تحدد الصفقة الآجال المخولة للمصلحة المتعاقدة لتقوم بعمليات الإثبات التي تعطي الحق في الدفع" . أي لتقوم بأعمال المعاينة وتقييم الأعمال المنجزة أو التوريدات المتفق عليها في الصفقة، ومن ثم تتحقق هل أن المتعاقد قد وفى بالتزاماته التعاقدية وبالتالي يكون مستحقاً لصرف أو تلقي المقابل المالي وفي تاريخ أصبح

معلوماً ومحدداً .

ب- ومن حيث الطبيعة القانونية، فإنه يمكن تكييف شروط أجل التسديد والدفع بأنها شروط تعاقدية، إذ يترك أمر التحديد هذا ويتوقف على إرادة الطرفين المتعاقدين، فيتفقان على حد أدنى من الوقت يصبح بمقتضاه السعر أو الثمن مستحقاً، وواجب الدفع فوراً على الإدارة .

ولكن قد يحدث أن يرد شرط المدة أو تحديد الأجل هذا عاماً، فيتعذر حينئذ معرفة الطريقة الواجبة الاتباع وهل هي المراحل المتتالية أم المرحلة الوحيدة والنهائية، أي بعد التسليم النهائي لموضوع الصفقة بعد تنفيذها أو انجازها؟ وبناءً على طلب صاحب الصفقة (المتعاقد)[1]؟

بالرجوع إلى نص المادة ٧٧/ ٢ من قانون ا لصفقات العمومية الجزائري، نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالجل الأخير أو الطريقة الأخيرة، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة المذكورة على أنه : " يبدأ سريان الآجال حين يقدم حائز الصفقة طلباً بذلك مدعوماً بالمبررات الضرورية " . ومن ثم يمكن القول بأن المحرك الأساسي لتحديد

(١) في هذا الصدد يقرر مجلس الدولة الفرنسي أن ثمة مدداً معقولة لتنفيذ العقد يتعين على الإدارة احترامها وبالتالي فإنها لاتستطيع أن تتسبب بتصرفها في إطالة مدة التنفيذ إلى مايجاوز الحد الأقصى دون أن تعرض نفسها للمسؤولية . وتحدد المدد المعقولة للتنفيذ بمراعاة ظروف العمل المطلوب تنفيذه، ومدى كفاية الشركة المتعاقدة أو المقاول . ولا يقتصر هذا على مدد التنفيذ الإجمالي للالتزامات الواردة في العقد، بل وكذلك الالتزامات الجزئية، ومن ضمنها احترام المدد المحددة لتسديد الثمن، انظر، سليمان الطماوي، المرجع الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٧٤ صفحة ٥٦٢ .

أجل التسديد وبدء سريانه يرجع إلى طلب المتعاقد، صاحب الحق الأساسي في الحصول على السعر أو الثمن، ثم الرد الذي سيصدر عن ا لإدارة بالبدء بأعمال المعاينة في حالة الدفع مقابل عمل أنجز فعلاً، أو دراسة الطلب المؤيد والمعلل في حالة التسبيق مثلاً. ولكن يجب أن نعلم أنه ليس كل طلب يتقدم به المتعاقد يصلح لأن يكون مؤشراً لتحديد الأجل المذكور ولبدء سريان المهلة التي يجب أن تجري فيها المعاينة، وماينتج عن ذلك من تحديد لتاريخ تسديد ثمن الصفقة، بل يشترط في هذا الطلب أن يكون مؤيداً بالإثباتات اللازمة والمؤيدة لذلك، والمقصود بها الوثائق التي تؤكد وفاء صاحب الصفقة بالتزاماته التعاقدية، والتي تتناول تقييماً مفصلاً عن الأعمال التي أنجزت أو الأدوات والمواد التي وردها وسلمها لحساب الإدارة أو المصلة المتعاقدة، ويقدم بذلك كشوفاً أو مذكرات تثبت ذلك مرفقة بطلبه المقدم لهذا الغرض، وبذلك يحدد الأجل الممنوح للإدارة المعاينة التي تمنح الحق في التسديد واقتضاء المقابل المالي.

مما تقدم يتبين أن الشروط التي تحدد المواعيد المخولة للإدارة المتعاقدة لإجراء المعاينات لانطلاق هذه الآجال، هي شروط تعاقدية وتحدد باتفاق الطرفين المتعاقدين تطبيقاً للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون الصفقات العمومية التي تنظم تنفيذ الالتزامات التعاقدية، و منها على الخصوص الالتزام بتسديد ثمن الصفقة في موعده، وهذا بالبناء على المعاينة والتقييم موضوع الفقرة التالية.

الفرع الثاني
قاعدة الأعمال المنجزة وعملية التقييم والمعاينة

أولاً: المقصود بقاعدة الأعمال المنجزة:

سبق أن ذكرنا بأن القاعدة العامة المتبعة في نظام المحاسبة العامة هي قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة، بمعنى أن التسديد لايكون إلا بناءً على أعمال أنجزت فعلاً طبقاً للشروط المنصوص عليها في الصفقة. فإذا كان واجب الإدارة المتعاقدة في جانبه المالي يتمثل في التزامها بدفع مبلغ معين من النقود يشكل ثمن الصفقة، فإن هذا الالتزام لايمكن أن ينفذ إلا باتباع قواعد المحاسبة العامة، فيجب أولاً أن يقابل هذا الالتزام فتح حساب معتمد في الميزانية، ويلي ذلك أمر بالصرف والإنفاق، ثم الدفع من قبل محاسب مختص مكلف بذلك، وهذه الإجراءات كلها تتطلب بطبيعة الحال مدداً طويلة لاتمامها، بخلاف السرعة التي يتميز بها الدفع والتسديد والتعامل في العقود الخاصة أو المدنية في إطار المعاملات الخاصة.

ومن جهة ثانية، فإن تنفيذ الصفقات العمومية يتطلب مصادر مالية هامة ومعتبرة لتمويلها من جانب المتعاقدين، ومن ثم فإن التمسك بالمبدأ العام أو القاعدة العامة السابقة على إطلاقها يمكن أن يضع الإدارة أمام مخاطر أحجام المقاولين أو الموردين الصغار عن التعاقد معها، وهذا خاصة بالنسبة للصفقات الهامة طويلة المدة (أو على الأقل رفع الأسعار)، حيث أنها قد لاتجد المقاول أو المورد والمتعهد الصغير الذي

يتعاقد معها، لأنه لا يمتلك موارد كافية معتبرة منذ البدء في التنفيذ تسمح له بالانتظار مدة أطول وتحمل احتمال التأخر في الدفع لمدة طويلة، أن مثل هذه الاحتمالات السلبية من شأنها أن تدفع الإدارة المتعاقدة وتجبرها على تطبيق القاعدة المالية الساقة (أي قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة) بشيء من المرونة والسرعة، وهذا بتسديد المبالغ المالية المستحقة عليها للمتعاقد معها بناء على قاعدة الأعمال المنجزة.

ومفاد قاعدة الأعمال المنجزة هذه، هو أننا بدلاً من أن نكون أمام صفقة تشكل كلاً لايتجزأ في جانبها المالي (خدمة أو توريد)-حيث التنفيذ الكلي أو الإجمالي هو وحده الذي يخول الدفع إجمالياً ودفعة واحدة، فإن الحل المرن والتوفيقي بناء على قاعدة الأعمال المنجزة يقوم على تجزئة الصفقة إلى عدة أجزاء قابلة للتسديد الجزء تلو الآخر عن طريق التسبيقات والدفع على الحساب دون انتظار الدفع الكلي والتسوية النهائية للصفقة، وهذه الطريقة ناجعة وناجحة لتمويل الصفقات العمومية إدارياً، وهذا إجراء مفيد بالنسبة لكل من الإدارة والمتعاقد معها على السواء.

١ - فبالنسبة للإدارة، فإنها تستفيد من تخفيض نسبة الثمن أو السعر المطلوب من المتعاقدين عند إجراء المنافسة والمناقصة وطلب العروض، وليولد نوعاً من الثقة بينها وبين المتقدمين لإبرام الصفقة معها.

٢ - أما بالنسبة للمتعاقد، فإن مثل هذا الحل أو هذه الطريقة (التسبيقات والدفع على الحساب) تزيل احتمال خطر التأخر عن الدفع مستقبلاً، والذي يمكن

أن يخلق له مصاعب مالية، لذلك فإن الإدارة وفي حالات معينة تمنح للمتعاقد سلفاً أي تسبيقات لقاء خدمات لم تتحقق أو تنجز بعد[1].

هذا ونشير إلى أن المشرع الجزائري في مادة الصفقات العمومية قد توخي الأخذ بهذه القاعدة، أي قاعدة وفكرة الأعمال المنجزة كما أخذ بفكرة السلف والتسبيقات والدفع على الحساب كطريقتين لتسديد ثمن الصفقة، وهذا علاوة على طريقة التسديد أو الدفع النهائي[2]، وهي مسائل نعرض لها في حينها، عند دراسة موضوع طرق التسديد.

ثانياً: إجراءات تقييم ومعاينة الأعمال المنجزة:

ذكرنا أعلاه أن تسديد ثمن الصفقة يمكن أن يتم إما دفعة واحدة بعد التنفيذ التام لموضوع الصفقة (قاعدة الدفع بعد تأدية الخدمة) أو عن طريق الدفعات أو الأقساط، في الحالات التي يسمح فيها بطريقة الدفع هذه، وفي كلتا الحالتين فإن تسديد الثمن بعد حول أجل استحقاقه لا يمكن أن يكون جزافياً إلا في حالة تسبيق أو السلفة كما تقضي بذلك المادة ٦٥ من قانون الصفقات العمومية، بل يتم تحديد الثمن أو المبلغ مستحق الدفع فعلاً بناء على معطيات ومعلومات وبيانات دقيقة وصحيحة وهي ما تسمى في قانون الصفقة العمومية بإجراءات المعاينة وذلك في المادة ٧٧.

---

(١) انظر أحمد محيو، دروس في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية ١٩٧٩ ص٣٨٦.

(٢) وقد نصت على ذلك المادة ٧٧ مكرر من قانون الصفقات العمومية الجزائري، نشرحها في القسم الثاني.

ويمكن تعريف المعاينة "بأنها تقييم كميات الخدمات أو التوريدات المنجزة والمنفذة أو المسلمة فعلاً" وهي إجراء وجوبي، يتحتم على الإدارة القيام به بل وعليه يتوقف ضبط المبلغ بنسبته المئوية ثم الوقت المناسب للدفع أيضاً. وتفادياً لحدوث تأخر للدفع يمكن أن يسبب مصاعب وأعباء مالية للمتقاعد، قضت المادة ٧٧/ ٢ بوجوب قيام الإدارة بإجراء المعاينة التي تمنح تم الحق في التسديد في آجال معينة تسري من تاريخ طلب بذلك من قبل صاحب الصفقة.

ومن الناحية العملية هناك طريقتان تتم بموجبهما عملية المعاينة ينص عليهما عادة في قانون الصفقات العمومية نفسه، وفي دفتر الشروط المنظم لهذه الصفقات. وهاتان الطريقتان هما: طريقة المحضر الإداري وطريقة فحص المذكرات:

١- *المعاينة بواسطة المحضر الإداري*: ويكون ذلك بواسطة الكشوف والبيانات[1] ويتم خاصة وبشكل واسع في معاينة تنفيذ الأشغال بحسب النوعية ومقادير ومستويات إنجازها على دفتر الكشوف، تبعاً لتقدم الأشغال من قبل عون

---

(١) وهي عبارة عن كناش أو دفتر يتم تسجيل مائة اتفاقاً بين المقاول والإدارة ممثلة بعونها، تماشياً مع تقدم الأشغال، بقصد التأكد من الحالة أو المستوى الذي وصل إليه الإنجاز، وإذا لم يوافق المقاول الإدارة في ذلك، عليه التقدم بتحفظاته، وبدونها لايمكنه أن يحتج على المعاينة التي تم تقييمها عن الأشغال المذكورة.

M. LAMBRANO/Les marchés de l'Etat et de collectivités locales théorie et prtiques p.UF. 1960 p14

وقد استعمل المشرع الجزائري تعبير أو مصطلح اللوائح أو البيانات، انظر المادة ٣٩ من القرار المؤرخ في ٢١ نوفمبر ١٩٦٤ والمتضمن دفتر الشروط الإدارية العامة المطبقة على عقد الأشغال العامة والذي ظل مطبقاً، الجريدة الرسمية رقم ١٠ لسنة ١٩٦٤.

الإدارة المنتدب لهذا الغرض، وتقدم للمقاول للموافقة والتوقيع عليها، فيرجع أمر تحرير هذه الكشوف إذن للإدارة المتعاقد حسب إجراءات شكلية معينة، ولنا أن نتساءل بعد ذلك عن القيمة القانونية لهذه الكشوقات والبيانات؟

إذ نفذت هذه الكشوف وحررت بياناتها بكيفية قانونيةصحيحة وقبلت من الطرفين المتعاقدين، فإنها تحوز قوة الإثبات. إذ يجب على الإدارة عند تحريرها متضمنة الأعمال المنجزة فعلاً تسليمها للمقاول للموافقة عليها في آجال محددة، فإن فعل أو لم يبد رأيه بشأنها خلال المهلة المحددة للقبول، فإن سكوته هذا يعتبر قبولاً[1]، ومن ثم فإن هذه الكشوف تحوز قوة الإثبات، وتعتبر بياناتها وتدل على أن المعاينة قد تمت ولا يمكن أن تكون محل نزاع مستقبلاً، إلا في حالة الخطأ المادي أو التدليس، وما يقال عن المقاول يقال أيضاً عن الإدارة.

ولكن مع هذا فإن قوة الإثبات هذه التي تكتسبها الكشوف المحررة بمعاينة الأعمال المنجزة والأشغال المنفذة المعدة من قبل الإدارة والمقبولة من المقاول ورغم أنها ملزمة لهما، فإن هدفها يقتصر على تقييم مقدار الأشغال المنجزة ولا تعداه إلى تحديد الثمن المستحق وإن كانت - الكشوف ستتخذ أساساً لهذا التحديد مستقبلاً،

(١) وقد حدد لذلك أجل عشرة (١٠) أيام، انظر المادة ٣٩/ ٧٦ من القرار سالف الذكر و المتعلق بدفتر شروط عقد الأشغال العامة.

أي كنقطة انطلاق[1].

٢ - *المعاينة بواسطة فحص المذكرات :* يقصد بها المذكرات والقوائم المقدمة من قبل المقاول أو المورد بشأن الأشغال المنجزة أو المواد الموردة. وتهدف الإدارة من وراء مثل هذا الفحص إلى التأكد من حسن تنفيذ الأشغال ووفاء المقاول أو المورد بالتزاماته، وإن الأشغال والتوريدات مطابقة للمقاييس والفنيات المنصوص عليها في الصفقة، ويحرر بذلك محضر بالاستلام، جزئياً أو مؤقتاً كان أو نهائياً.

المطلب الثاني

طرق تسديد المقابل المالي أو دفع ثمن الصفقة

ويتعلق الأمر هنا بالتسديد في حد ذاته، أي دفع المبلغ المالي للمتعاقد مع الإدارة في ذمة هذه الأخيرة، وذلك بعد حلول أجله، بحسب الحالة أو الوضعية التي يكون عليها موضوع الصفقة من حيث البدء في التنفيذ أو الإنجاز أو مستوى هذا الانجاز.

وبالبناء على ماسبق قوله عن قاعدة الأعمال المنجزة ومعاينتها، يمكن القول بأن القاعدة العامة المتبعة في مجال المحاسبة العمومية تهيمن على موضوع تسديد ثمن الصفقة العمومية قاعدة الدفع بعد أداء الخدمة، أي بعد انجاز أو تنفيذ موضوع أو

(١) وقد صدر لمجلس الدولة الفرنسي حكم بهذا المعنى في ١١ مارس ١٩٤٩، حيث جاء فيه أن قوة الإثبات هذه لاترتبط إلا بمعاينة مقدار الأشغال المنجزة وليس بثمنها. إن اللوائح أو الكشوف ليس لها من حيث الفعل الواقع من هدف سوى معاينة تنفيذ الأشغال، ديلوبادير ص ٢٣٨. Traités des marchés publics DALLOZ 1956.

محل العقد أو الصفقة فعلياً وعلمياً .

غير أن هذه الطريقة أو القاعدة المحددة بموجب نص تشريعي أو تنظيمي لايمكن -كما يقول الدكتور محمد قبطان[1] احترامها وإعمالها على إطلاقها في الوسط أو على المستوى الدولي، حيث يجب على المؤسسة العمومية لعب لعبة التجارة الدولية، لذلك لجأ المشرع في موضوع الصفقات العمومية إلى التخفيف من حدة وسلبيات هذه الطريقة في الدفع، وذلك بأن ضمن قانون الصفقات العمومية طرقاً وترتيبات تمكن الإدارة أو المصلحة المتعاقدة من التعامل بقدر من المرونة من شأنها خدمة الجانب الإقتصادي والمالي في العقد الإداري وليس فقط الجانب القانوني. إذ يترتب على تطبيق قاعدة الدفع بعد أداء الخدمة كما يقول الدكتور محمد سليمان الطماوي (أنه يتعين على المتعاقد مع الإدارة أن ينجز جميع التزاماته قبل المطالبة بمستحقاته قبل الإدارة، ولكن الملاحظ عملاً أن المتعاقد قد يلتزم بإنفاق مبالغ طائلة في سبيل إتمام المشروع محل التعاقد أو استيراد البضائع المطلوب توريدها. وقد يستغرق التنفيذ مدداً طويلة، ومن ثم فقد لطف العمل من حدة القاعدة السابقة)[2] . الأمر الذي يرهقه مادياً أثناء التنفيذ أو يجعله يعزف ابتداء عن الدخول في معاملات تعاقدية مع الإدراة أصلاً، إلا أن يكون خارج قواعد قانون الصفقات العمومية

---

(١) Mohamed KOBTAN./Les marchés de l'opérateur public ou la réforme du droit des marchés publics OPU.p3 . بدون سنة النشر

(٢) سليمان الطماوي الأسس العامة للعقود الإدارية، ص٥٩٠ .

والقانون الإداري، بل في إطار القانون الخاص، حيث تتعامل الإدارية والحالة هذه كشخص عادي لما يتطلبه التعامل في هذه الحالة من السرعة والتبسيط في الإجراءات، ولكن مع التذكير بأن الدفع أو الصرف يتم أيضاً حتى في هذه الحالة وفقاً لنظام المحاسبة العامة أي حسابات الدولة، وهكذا فإن الأحكام التعاقدية التي يتضمنها العقد وتبين طرق وشروط دفع المقابل المالي المستحق للمتعاقد ، تلزم الإدارة بدفع جزء من الثمن يقابله جزء من الخدمة التي أنجزت بالفعل أو تلتزم بدفع مبالغ على الحساب أو تحت الحساب، وهذا طبعاً بالإضافة إلى طريقة أو القاعدة الأساسية أو الدفع النهائي بعد الانتهاء من تنفيذ موضوع الصفقة، وتستعمل في هذا الخصوص عدة مصطلحات إدارية ومالية، وهي السلفة والتسبيق والتسديد النهائي للمقابل المالي أو النقدي وقد استعمل المشرع الجزائري مصطلحات خاصة في هذا المجال، وهذا في المادة ٦٢ من قانون الصفقات العمومية تحت عنوان كيفيات الدفع، حيث جاء فيها : " تتم التسوية المالية للصفقة بدفع التسبيقات و / أو الدفع على الحساب، وبالتسويات على الحساب الرصيد " .

وقبل ذلك نصت المادة ٥١/ ٤ ، ٦ على أن من بين البيانات التي يجب أن ينص عليها في كل صفقة شروط دفع المبلغ المالي - وأجل تنفيذ الصفقة الذي يخول أو يعطي الحق في تقاضي المقابل المالي وهو مايستفاد أيضاً من المادة ٦٠ من نفس القانون من ضرورة اعتماد أساس للأسعار لدفع المبلغ المالي المستحق بعد أن يحين أجل دفعه

بناء على قاعدة الأعمال أو الخدمات المنجزة بحلول الآجال المنصوص عليها في العقد أو في الإتفاق اللاحق.

غير أن الكيفيات أو الطرق الثلاث لتسديد المقابل المالي المنصوص عليها في المادة ٦٢ سالفة الذكر يمكن تصنيفها أو تقسيمها إلى طريقتين أساسيتين أو رئيسيتين، فالتسديد المذمور إما أن يتم في شكل أقساط تسدد على مراحل، وإما أن يكون في شكل حساب أو رصيد نهائي، يحل أجله بعد نهاية الأجل التعاقدي المنصوص عليه في المادة ٦٠ أعلاه. وندرس هاتين الطريقتين تباعاً.

الفرع الأول

التسديد في صورة أقساط

ويسمى أيضاً بالتمويل الإداري للصفقة العمومية، وقد سمي كذلك لأن الإدارة إذ تقوم بذلك فإنها لاتفعل فقط وفاء لاتلزاماتها التعاقدية لقاء ما حصلت عليه من تنفيذ موضوع الصفقة، وإنما تفعل ذلك من باب المرونة في التسيير وتسهيل المهمة على المتعاقد معها، لا بوصف هذا الأخير متعاقداً فقط كما في القانون الخاص، ولكن باعتباره أيضاً متعاوناً مع الإدارة في سبيل ضمان السير الحسن والجيد للمرفق العام والشؤون العمومية الذين يرتبط بهما موضوع الصفقة بشكل أو بآخر. فالإدارة تتدخل هنا كمسير للمال العام والمرفق العام، وليس فقط كأي متعاقد آخر في عقود

القانون الخاص .

وهكذا تتولى الإدارة في إطار التمويل الإداري المذكور تمويل الصفقة وهي طور التنفيذ، بل وحتى قبل البدء أو الشرع في تنفيذها فعلياً وعملياً، ويتحقق هذا في حالة التسبيقات والدفع على الحساب، وهو ما أشارت إليه المالة ٦٣/ ١ ، ٢ من قانون الصفقات العمومية، ثم جاءت المواد من ٦٤ إلى ٧٤ من نفس القانون لتتضمن بدورها أحكاماً تفصيلية لهاتين الطريقتين من طرق تسديد الصفقات العمومية .

أولاً : التسبيق:

وهو عبارة عن دفعة أو دفعات مالية متتابعة - حسب الاتفاق في العقد- تصرفها الإدارة أو المصلحة المتعاقدة للطرف الحائز على الصفقة تيسيراً ومساعدة له للتخفيف من الأعباء المالية للعقد. وقد عرفت المادة ٦٣/ ١ من قانون الصفقات العمومية التسبيق بقولها : " التسبيق هو مبلغ يدفع قبل تنفيذ الخدمات التي هي موضوع العقد، وبدون مقابل التنفيذ المادي للخدمة" . يتضح من ذلك أن الهدف الأول والرئيسي من التسبيق والذي يسمى أيضاً بالسلفة -وعلى خلاف القاعدة العامة في عقود المعاوضة في القانون الخاص ولاسيما القانون المدني فيما يتعلق بالتنفيذ المزامن للالتزامات التعاقدية- يتمثل في التيسير على المتعاقد مع الإدارة ومساعدته على الأعباء المالية للعقد الإداري، كما أنه وسيلة لإيجاد نوع من السيولة المالية لديه لضمان البدء الفعلي في تنفيذ موضوع الصفقة .

غير أن دراسة التسبيق بهذا المفهوم تطرح عدة مسائل من حيث طبيعته القانونية وشروطه وكيفية دفعه، حيث تتنوع بين دفع جزافي ودفع محدد النسبة (الدنيا والقصوى) ومن حيث الضمانات الواجب توفيرها للحصول على التسبيق المذكور.

١ - فمن حيث طبيعته القانونية، فإن التسبيق يعد سلفه يجب إرجاعها ولاتتخذ صفة التسديد النهائي كجزء من ثمن الصفقة، وهو مانصت عليه المادة ٦٢/ ٢ سابقة الذكر، حيث جاء فيها "وبهذه الصفة فإن تلك الدفعات لا تمثل تسديداً نهائياً للمبلغ". ويقصد به طبعاً مبلغ الثمن وسعر الصفقة، والتسبيق هو أيضاً أحد هذه الدفعات المالية.

فالتسبيق بهذه المثابة هو مبلغ من النقود يدفع سلفة من قبل الإدارة للمتعاقد معها حتى قبل تنفيذ موضوع الصفقة (خدمة أو توريد) أو حتى قبل البدء في ذلك مادياً، على أن يلتزم برده بعد استحقاقه، أي أن صاحب الصفقة يبقى مديناً بهذا التسبيق حتى أجل التسديد النهائي لثمن الصفقة بأكمله. غير أن التقنية القانونية المتبعة في هذا الخصوص هي عملية المقاصة بين ما على المتعاقد مع الإدارة من دين وما تبقى له من مستحقات مالية في ذمة هذه الأخيرة عند التسديد النهائي للصفقة، الأمر الذي تضمنه الكفالة التي يلتزم المتعاقد بدفعها قبل الحصول على التسبيق كما تقضي بذلك المادة ٦٤ من قانون الصفقات العمومية، حيث جاء فيها:

"لاتدفع التسبيقات إلا إذا قدم المتعامل المتعاقد كفالة بإرجاع التسبيقات يصدرها

بنك جزائري أو بنك أجنبي يعتمده، بنك جزائري، وتحرر هذه الكفالة حسب الأشكال التي تلائم المصلحة المتعاقدة والبنك الذي تنتمي إليه" . وهي مسألة أوضحتها أكثر المادة ٧٢ من نفس القانون إذ تنص "يستعيد المتعامل العمومي التسبيقات الجزافية والتسبيقات على التمويل، عن طريق اقتطاعات من المبالغ المدفوعة في شكل دفع على الحساب أو تسوية على حساب الرصيد.

ترد التسبيقات على وتيرة تعاقدية بتخفيض من المبالغ التي يستحقها حائز الصفقة" .

٢- ومن حيث شروط منح التسبيق وطرق دفعه فإن أهم شروط الاستفادة من التسبيق -تطبيق نظام الكفالة الخاص برد التسبيقات والمنصوص عليه في المادة ٦٤ المذكور نصها أعلاه[1] .

ومن الشروط الموضوعية للاستفادة من نظام التسبيق، أن يظهر المتعاقد بادرة حسن النية في البدء المادي لتنفيذ موضوع الصفقة، كأن يودع بمكان أو موضع العمل بعض الأدوات أو المعدات أو اللوازم المصنوعة والأساسية والضرورية لتنفيذ الخدمة موضوع التعاقد أو الصفقة، وهو ما تبينه المادة ٦٩/ ٢و٣ تنص "يمكن المصلحة

(١) وهذا بالإضافة إلى نوع آخر من الكفالة، وهي كفالة حسن التنفيذ، وتدفع لضمان حسن تنفيذ موضوع الصفقة بالمقاييس والآجال المتفق عليها وقد نصت المادة ٨٤ من قانون الصفقات العمومية، وتقضي بأنه "يتعين على المتعامل المتعاقد أن يقدم كفالة لحسن تنفيذ الصفقة زيادة على كفالة رد التسبيقات المنصوص عليها في المادة ٦٤".

المتعاقدة أن تشترط على المتعامل المتعاقد معها تعهداً صريحاً بإيداع المواد والمنتوجات المعينة في الورشة أو في مكان التسلمي خلال أجل يلائم الرزنامة التعاقدية، وإن لم يقم بذلك عليه إرجاع التسبيق.

يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمنح تسبيقاً على التموين بناء على إثبات تموين بالمواد والمنتوجات في الورشة أو في مكان التسليم".

الأمر الذي جعل التسبيق يتخذ صفقة التسبيق الجزافي أو التسبيق على التموين، وهو مانصت عليه المادة ٦٥ بقولها: "تسمى التسبيقات حسب الحالة جزافية أو علة التموين". وهذا مع اختلاف الشروط النوعية الواجب استيفاؤها للحصول على تسبيق جزافي أو على التموين ثم في النسبة المئوية المخصصة لكل نوع من التسبيقين المذكورين وهي نسبة ١٥٪ بالنسبة للتسبيق الجزافي، وقد نصت المادة ٦٦ "يحدد التسبيق الجزافي بنسبة أقصاها١٥٪ من السعر الأولي للصفقة".

غير أن المشرع أجاز إمكانية تجاوز هذه النسبة إذا كان الدفع مقرراً على الصعيد الدولي وكان من شأن تسديد الصفقة بهذه الكيفية أن يلحق ضرراً بمصالح الجهة أو الهيئة المتعاقدة، بحيث تستطيع رفع هذه النسبة استثنائياً بشرط توافر إجراء شكلي وهو موافقة الوزير أو الوالي المختص موضوعياً، مع الإشارة إلى أن هذه الموافقة يجب أن تكون صريحة وأن تسبق باستشارة اللجنة المختصة للصفقات، محلية أو مركزية.

ومن جهة أخرى نصت المادة ٧١ على حد مئوي أقصى لايمكن أن يتجاوز التسبيق الجزافي وعلى التموين مجتمعين هو حد ٥٠٪ من المبلغ الكلي للصفقة .

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أن التسبيق -الجزافي خاصة- من حيث استحقاقه الزمني قد يدفع مرة أو دفعة واحدة ، كما يمكن أن يدفع على عدة أقساط متتالية زمنياً تنص عليها الصفقة نفسها ، مع إمكانية الاستفادة استثناء من تسبيق إضافي لاتتجاوز نسبته ألـ ٧٠٪ من المبلغ الكلي أو الإجمالي للصفقة ومع التسبيقات سالفة الذكر[1] .

ومن جهة أخرى فإن المتعاقد لايستفيد من التسبيق على التموين إلا بالنسبة للتموين بالمعدات المقتناة في الجزائر . وهو مانصت عليه المادة ٦٩/ ٤ بقولها : " وعلى أية حال فإن المتعامل المتعاقد الأجنبي غير الواقع في الجزائر لايستفيد من هذا التسبيق إلا فيما يخص التموينات المقتناة في الجزائر " .

ثانياً: الدفع على الحساب:

وقد نصت على هذه الطريقة المادة ٦٣/ ٢ من قانون الصفقات العمومية ، حيث جاء فيها " الدفع على الحساب هو كل دفع تقوم به المصلحة المتعاقدة ما عدا التسبيقات ، المطابقة لتنفيذ موضوع الصفقة جزئياً " . ومن ثم ، فالدفع على الحساب عبارة عن ذلك المبلغ الذي تدفعه الإدارة المتعاقدة للمقاول أو المورد المتعاقد معها بناء

(١) المادة ٦٨ من قانون الصفقات العمومية .

على قاعدة الأعمال المنجزة بعد معاينتها وتقييمها والصفقة لازالت في طور التنفيذ. والهدف هو نفسه، والممثل في التخفيف من الأعباء المالية على المتعامل المتعاقد معها، ومع فارق هام بينه وبين التسبيق الذي يدفع على الحساب يتم بمناسبة متابعة تنفيذ الصفقة من قبل الإدارة المتعاقدة بالنظر لما تحوز من صلاحية الرقابة في تنفيذ الصفقة، أي أن الدفع هنا يتم دائماً نظير تنفيذ جزئي للعقد أو الصفقة التي تربط الإدارة بالمتعامل.

ومن حيث الشروط والترتيبات المحددة للدفع أو التسديد، تنص المادة ٧٣ من قانون الصفقات العمومية، على أنه "يمكن تقديم الدفع على الحساب لكل من حاز صفقة أشغال أو خدمات، إذا أثبت القيام بعمليات جوهرية في تنفيذ الأشغال والتوريدات أو الخدمات المحددة في الصفقة. غير أنه يجوز لحائزي الصفقة أن يستفيدوا من تسبيقات على التموين بالمنتوجات المسلمة في الورشة حتى نسبة ثمانين (٨٠) في المائة من مبلغها المحسوب بتطبيق أسعار وحدات التموين المعدة خصيصاً للصفقة على أساس الكميات المعاينة[1]".

ويلاحظ من ذلك اهتمام المشرع بضرورة التخفيف من الأعباء المالية على المتعامل المتعاقد، حيث تضمن له هذه الطريقة تمويلاً مستمراً للصفقة دون انتظار حلول الأجل الزمني للتسديد بعد التنفيذ واستفاد موضوع الصفقة المبني على قاعدة الدفع بعد أداء الخدمة، القاعدة الأساسية والأصل في تنفيذ الالتزامات المالية في

(١) المادة ٦٩/ ٤ من قانون الصفقات العمومية.

العقود الإدارية .

وتجب الإشارة من جهة أخرى إلى أن الدفع على الحساب ينفذ نظير أشغال أو توريدات نفذت فعلاً ، على أن يكون الدفع إما شهرياً أو على فترات أطول أو أكثر بالتناسب مع طبيعة الخدمة موضوع الصفقة (المادة ٧٤/ ١ من قانون الصفقات العمومية) .

الفرع الثاني
التسديد النهائي

لقد استعمل المشرع الجزائري مصطلح التسديد على حساب الرصيد لنعت هذه الطريقة في دفع المقابل المالي في العقد الإداري ، وذلك في المادة ٦٣/ ٣ من قانون الصفقات العمومية إذ تنص "التسوية على حساب الرصيد هي الدفع المؤقت أو النهائي للسعر المنصوص عليه في الصفقة بعد التنفيذ الكامل والمرضي لموضوعها" .

وقد سمي تسديداً نهائياً لأنه يتم بعد الاستلام النهائي للأشغال أو التوريدات ، ويسبق الاستلام النهائي - بغية دفع الحساب النهائي - استلام مؤقت تتأكد خلاله الإدارة بعد المعاينة من مطابقة الأشغال والتوريدات أو الخدمات للمقاييس والمعايير والشروط المنصوص عليها في الصفقة ، وكذا خلو الانجاز من العيوب ، وبعد ذلك يأتي الاستلام النهائي والذي سيكون موضوع محضر إداري . ويهدف الاستلام والتسوية المؤقتة على حساب الرصيد في مفهوم المادة ٦٣/ ٣ سالفة الذكر ، إلى

الحسم والبت في عدد من المسائل ذات طبيعة مالية، فيهدفان خاصة إلى إبراء ذمة المتعاقد من كل الالتزامات المالية وخاصة الغرامات والعقوبات المالية وكذا رد مبلغ الكفالة التي كان قد دفعها المتعاقد في إطار أحكام المادتين ٦٤ ومابعدها والمادة ٨٠ وما بعدها من قانون الصفقات العمومية، ثم ليفتح له المجال لتقاضي المقابل المالي المستحق عن الصفقة بشكل نهائي.

غير أن الذي يجب التنبيه إليه هو أن مايهمنا ليس فقط الطريقة أو الأسلوب الذي يدفع طبقاً له المبلغ المستحق للمتقاعد، بل يهمنا أيضاً الأجل الذي سيكون فيه هذا المبلغ مستحق الدفع وكيفية تحديد هذا الآجال، وذلك ماسبق بيانه عند حديثنا عن قاعدة الأعمال المنجزة والمعاينة وإجراءاتها، والذي يبدأ احتسابه من اليوم الذي يقدم فيه المتعاقدطلبه المدعم بالإثباتات كما نصت على ذلك المادة ٧٧، الأمر الذي يثير التساؤل حول مدى إمكانية تحريك المسؤولية العقدية للإدارة في حالة إخلالها بآجال التسديد التي تم تحديدها، أو كان يجب تحديدها وفقاً للترتيبات المنصوص عليها في نصوص المواد سالفة الذكر من قانون الصفقات العمومية؟

هذا ما سنتناوله في القسم الثاني من هذا البحث.

الفصل الثاني
واجب الإدارة في احترام آجال التسديد، ومدى إمكانية تحريك مسؤوليتها العقدية

من الالتزامات الواقعة على عاتق الإدارة في تنفيذ العقد الإداري، احترام الآجال والمدد المحددة والمقررة في العقد أو بناء على العقد ومقتضياته، ومنها احترام آجال التسديد ودفع المستحقات المالية التي عليها قبل المتعاقد معها.

فرغم الصلاحيات الاستثنائية التي تتمتع بها الإدارة في العقد الإداري إلا أنها لايمكن أن تخل بأحد التزاماتها دون تعريض نفسها للمسؤولية التعاقدية.

وسنعرض في هذا الفصل إلى وجوب احترام الإدارة للآجال المقررة لدفع ثمن أو سعر الصفقة العمومية ثم إمكانية وكيفية تقرير وترتيب مسؤوليتها في حال الإخلال بها، وما ينجم عن ذلك من احتساب الفوائد التأخيرية، وكيف يمكنها تبرئة ذمتها من هذه المسؤولية ثم من هذه الفوائد.

المبحث الأول

واجب الإدارة في احترام آجال التسديد

المطلب الأول

موقف الإدارة بين احتمالي احترام وخرق آجال التسديد، وتحريك مسؤوليتها العقدية

الأصل في موقف الإدارة تجاه المتعاقد معها، أن تتصرف بحسن النية وأن تفي بكافة التزاماتها التعاقدية وبخاصة احترام المدد المقررة لتنفيذ هذه الالتزامات ومنها تسديد ثمن الصفقة والمتمثل في مديونيتها بمبلغ من النقود. والأصل أيضاً هو أنها تقوم بإجراء المعاينة في الآجال المحددة في الصفقة نفسها والتي تمنح المتعاقد الحق في تقاضي المقابل المالي على النحو السابق بيانه في موضعه[1]. ولكن يحدث لسبب أو لآخر (مبرراً أو غير مبرر) أن تتأخر الإدارة عن تنفيذ التزاماتها التعاقدية. والتأخر عن الدفع المحتمل هنا -وخاصة الدفع على الحساب أو على حساب الرصيد- إن حدث بالمقارنة مع الآجال المحددة في الصفقة والذي يبدأ سريان أجله من تاريخ إجراء المعاينة (المادة ٧٧ من قانون الصفقات العمومية) يشكل خطأً تترتب عليه المسؤولية التعاقدية للإدارة كما هي الحال بالنسبة للقواعد العامة للمسؤولية العقدية في مفهوم

(١) راجع المادة ٧٧ من المرسوم ٩١-٤٣٤ المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، وما سبق شرحه بخصوص عن المعاينة في الفرع الثاني من المطلب الأول من المبحث الثاني - الفصل الأول.

أو فقه القانون المدني، وتتمثل هنا خاصة بمعاقبة الإدارة ودائنيها بمبلغ من النقود، وهي ما تسمى بالفوائد التأخيرية على تفصيل يأتي في حينه.

ولقد أخذ المشرع الجزائري بذات النظام في تقرير مسؤولية الإدارة التعاقدية، ويستنتج ذلك من نصي المادتين ٧٧ و ٧٧ مكرر من قانون الصفقات العمومية الجزائري بعد تعديله سنة ١٩٩٦[1]. فهاتان المادتان تقضيان بوجوب تحديد أجل معين لتقوم خلاله الإدارة بإجراء المعاينة بعد أن يطلب إليها المتعاقد ذلك على نحو ماسبق، كما اعتبر إجراء المعاينة هذه وإتمامه بداية لحلول أجل التسديد، ومن ثم يجب على الإدارة احترامه.

وبمفهوم المخالفة، فإن عدم احترامها للآجال والمواعيد المذكورة لإجراء المعاينة التي تعطي الحق في التسديد ثم تحليها عن الدفع بعد إتمام المعاينة فعلاً يعد وضعاً كافياً بذاته لإثبات الخطأ بجانبها يترتب مسؤوليتها التعاقدية قبل المتعاقد معها، لأن هذا الأخير يسعى دائماً إلى تحقيق الكسب أو الربح من خلال دخوله العقد أو الصفقة، ولكن أيضاً في مدة زمنية محددة أو تقريبية، فلماذا تعطله الإدارة عن هذا الكسب وفي وقته المرغوب؟

(١) تم تعديله بموجب المرسوم ٩٦-٥٤ المؤرخ في ٢٢ يناير ١٩٩٦، الجريدة الرسمية رقم ٦/ ١٩٩٦.

المطلب الثاني

هل يستطيع المتعاقد

أن يتمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ؟

لنفرض أنه قد ثبت تأخر في تسديد المبلغ المستحق من جانب الإدارة، دفعاً أو تسديداً نهائياً كان أو على حساب الرصيد، مخالفة بذلك الآجال المحددة لإجراء المعاينة والتسديد فهل بإمكان المتعاقد مع الإدارة أن يستفيد من قاعدة الدفع بعدم التنفيذ المقررة في الوفاء المتبادل للالتزامات في القانون الخاص[1]؟ وبعبارة أخرى هل يستطيع المتعاقد أن يمتنع عن التنفيذ أو التوقف عن تنفيذ التزاماتهالتعاقدية بحجة أن الإدارة قصرت من جانبها في تنفيذ أحد التزاماتها التعاقدية هي الأخرى، والمتمثل في دفع الثمن المنصوص عليه في الصفقة، ليبرر هذا التوقف أو الامتناع عن التنفيذ؟

بنحو التوجه العام لفقه القانون الإداري نحو الإجابة بالنفي عن هذا السؤال. وهذا أمر طبيعي، لعدة أسباب، تتعلق في معظمها بالمرفق العام الذي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والتي من بين وسائل وآليات تطبيقها وتحقيقها العقود الإدارية.

(١) ومن ذلك ما نصت عليه المادة ١٢٣ من القانون المدني الجزائري من أنه "في العقود الملزمة للجانبين إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذ لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به".

صحيح أن المتعاقد مع الإدارة لايملك أية طريقة للتنفيذ الجبري قبل الإدارة، إذ لايستطيع أن يوقع عليها الجزاءات بنفسه في حال إخلالها بالتزاماتها التعاقدية، وليس أمامه إلا أن يسلك سبيل التقاضي، وهذا بالنسبة لإخلالها بالتزاماتها العقدية بصفقة عامة.

أما بالنسبة لالتزامها بالتسديد بالذات وتأخيرها في دفع المبلغ المالي المستحق عليها وفي الآجال المحددة لذلك، فإن المشرع قد أنصفه دون حاجة للجوء إلى القضاء باحتساب الفوائد التأخيرية، على تفصيل يأتي في حينه.

ولكن يجب أن نعلم أن من أهم الأسباب التي تبطل مفعول تطبيق قاعدة الدفع بعدم التنفيذ المعروفة في عقود القانون المدني علي الصفقات العمومية، تلك القاعدة اللصيقة بالمرافق العامة، وهي قاعدة ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد، لأن هذه القاعدة تأبى أن يعطل المتقاعد أداء الخدمة العمومية لسبب من الأسباب، مادام بوسعه أداؤها، إذ من الواجب أن ينظر للمتعاقد باعتباره متعاقداً فحسب، بل يتعين أن يوضع في الاعتبار صفته كمعاون للمرفق العام[1].

وفي جميع الأحوال فإن المقاول أو المورد يظل وفياً لالتزاماته التعاقدية تجاه الإدارة، فلا يستطيع الاستناد إلى تأخر الإدارة عن دفع المقابل المالي المستحق له

(١) انظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ١٩٧٤، ص٥٦٤.

لوقف العمل[1]. وعليه، فعدم تنفيذ الإدارة لالتزامها لايحرر صاحب الصفقة من التزاماته إلا إذا أدى تخلي الإدارة إلى إمكانية تنفيذ العقد أو الصفقة العمومية مادياً[2] أوفي حالة القوة القاهرة إذا تحقق له عجز مالي لايمكن معه الاستمرار في التنفيذ دونما إعانة من الإدارة أو المصلحة المتعاقدة.

ولكن رغم أن قاعدة الدفع بعدم التنفيذ المعمول بها في القانون الخاص متفق على عدم قبول تطبيقها في مجال القانون العام وخاصة العقود الإدارية، تأسيساً على فكرة ارتباط العقد الإداري بالمرفق العام دائماً، فإن هناك من الفقهاء من يرى عدم إهمال هذه القاعدة ويعتبر أن من الممكن تطبيقها حتى على العقود الإدارية في حال صدور خطأ من الإدارة، وكلما كان تطبيقها لايضر أو يهدد سير المرفق العام بانتظام واطراد[3]، بل ليمكن للمتعاقد أن يشترط في العقد التمسك بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ في مواجهة الأخطاء التي تقع من الإدارة. ويؤيد هذا الموقف بعض اجتهادات القضاء الإداري، فقد أخذت بذلك المحكمة الإدارية العليا بمصر في حكمها الصادر بتاريخ ١٨ ديسمبر ١٩٧١، حيث جاء فيه، " أنه إذا كان الأصل العام أن الدفع بعدم التنفيذ لايجوزان بتمسك به المتعاقد ضماناً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، إلا أنه يجوز للطرفين عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز

(١) انظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ١٩٧٤، ص٥٦٥.

(٢) انظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ١٩٧٤، ص٥٦٤.

(٣) انظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ١٩٧٤، ص٥٦٦.

للطرفين عند التعاقد أن يخرجا عن هذا الأصل، وفي هذه الحالة يجوز للمتعاقد مع الإدارة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، وبالتالي لايحق للإدارة أن توقع عليه غرامات تأخيرية مادامت تراخت في تنفيذ التزاماتها قبله مما أعجزه عن تنفيذ التزاماتها قبله "[1] ولم أعثر على موقف أو اجتهاد مماثل للقضاء الإداري الجزائري.

وعلى أية حالة، يمكن القول أن دراسة شروط الالتزام بتنفيذ العقد إن من جانب الإدارة أو المتعاقد معها ترتبط أساساً بمبدأ ضمان استمرارية سير المرفق العام بانتظام واطراد، وتبعاً، فإذا كانت القاعدة المعمول بها هي عدم جدوى أو قبول تمسك المتعاقد بقاعدة الدفع بعدم التنفيذ تجاه الإدارة، وأن ليس له حق التنفيذ الجبري أو المباشر، وأن ليس أمامه سوى اللجوء إلى القضاء في موضوع تسديد المقابل المالي بالذات، فإن المشرع قد سعى إلى تحسين وضعيته القانونية تجاه الإدارة وذلك بأن أقر قاعدة احتساب الفوائد التأخيرية، موضوع الفقرة الموالية.

المبحث الثاني

احتساب الفوائد التأخرية

على افتراض أن الإدارة قد قامت بالمعاينة في الآجال المحددة ولكنها مع ذلك لم تدفع المبالغ المالية المستحقة عليها للمتعاقد، فإن هذا يرتب دون شك مسؤوليتها العقدية، ولكن ماهو الجزاء المترتب على ذلك أهو فسخ العقد أم الإكتفاء بالتعويض

(١) انظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ١٩٧٤، ص٥٦٦.

أم ماذا؟ إن مسلك مجلس الدولة الفرنسي في هذه المسألة بالذات يرفض الفسخ إذا تأخرت الإدارة عن الدفع، ويكتفي بالتعويض وبالحكم بالفوائد عن المبالغ التي تؤخر الإدارة دفعها[1].

ولقد أخذ المشرع الجزائري من جهته بذات المبدأ أو الحل وأقر احتساب الفوائد التأخرية، موضوع المطلب الموالي.

المطلب الأول
استحقاق الفوائد التأخرية وشروطه

تنص المادة ٧٧ مكرر من المرسوم ٩١-٣-٤٣٤ المعدل والمتضمن قانون الصفقات العمومية على أنه: "يجب على المتعامل المتعاقد خلال الأربعين يوماً التي تعقب نهاية الآجال المفتوحة للقيام بالمعاينة في حالة عدم الدفع، أن يشعر بالأسباب التي جعلت الخدمات التي ثبتت معاينتها لم تكن موضوع دفع جزئي على الأقل.

وإذا لم يتم هذا التبليغ أو لم يطرأ الدفع عند انقضاء هذا الآجال يخول التأخير بناء على طلب صريح من المقاولة الحق في فوائد عن التأخير تحسب ابتداء من اليوم

(١) انظر سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، مرجع سابق ١٩٧٤، ص٥٦٩.

الذي يعقب انقضاء الآجال المذكور وبنسبة الفائدة المتوسطة القصيرة الأمد "[1].

يتبين من ذلك، أنه إذا تحققت الأوضاع المنصوص عليها في المادتين ٧٧ المتعلقة بالمعاينة والمادة ٧٧ مكرر المذكورة آنفاً تحقق التأخير الذي يعطي المتعاقد الحق في طلب الفوائد التأخيرية، ولكن لنا أن نتساءل هل كل تأخر عن التسديد يفتح الحق في الفوائد التأخيرية هذه؟

إن المشرع الجزائري عندما أقر حق المتعاقد مع الإدارة في طلب الفوائد التأخيرية المذكورة لم يقره على إطلاقه دون قيد أو شرط، بل لكي تكون هذه الفوائد مستحقة الدفع لا بد من توافر عدة شروط يمكن استنتاجها من خلال تحليل المادتين ٧٧و٧٧ مكرر مرسوم قانون الصفقات العمومية، ويمكن تعداد هذه الشروط كالآتي:

أولاً: رغم أن المشرع قد نص في المادة ٧٧ مكرر مرسوم قانون الصفقات العمومية على أنه يجب أن ينص في الصفقة على الآجال المحددة لإجراء المعاينة التي تعطي الحق في التسديد -مع العلم أن عملية المعاينة هذه هي أول وأهم إجراء يمنح الحق في الحصول على المقابل المالي وخاصة بالنسبة للدفع على الحساب أو على حساب الرصيد وهذا خلال مدة

---

(١) المادة ٧٧ مكرر فقرة ٢٠ ". . الحق في فوائد التأخير تحسب ابتداء. . " صياغتها صحيحة، غير أن صياغة الفقرة الأولى من نفس المادة معيبة عندما ترجمت من اللغة الفرنسية، حيث بدأت بعبارة "يجب على المتعاقد. . أن يشعر" والصحيح أن نقول إما: يحق للمتعامل المتعاقد. . . أن يشعر. . . " أو نقول "يجب أن يشعر المتعامل المتعاقد . . . " لأن هذه الفقرة تقرر له حقاً في تلقي فائدة التأخير ولاترتب عليه التزاماً.

تقريبية حسب المقابل المالي وخاصة بالنسبة للدفع على الحساب أو على حساب الرصيد، وهذا خلال مدة تقريبية حسب ما يفهم من النص- فإنه (المشرع) أوقف سريان هذا الأجل أو المهلة على طلب المتعاقد إذ ينطلق الأجل المذكور ابتداء من تاريخ تقديم طلب صاحب الصفقة المؤيد بالبيانات والإثباتات والوثائق اللازمة لذلك. وهذا يشكل إعلاناً بالدائنية تجاه الإدارة، فهو إجراء ووضع لابد أن يتحقق.

ثانياً: أن المشرع قد أوقف استحقاق فوائد التأخير على شرط انقضاء مدة معينة تبدأ من تاريخ إجراء أعمال المعاينة وليس من تاريخ طلب إجراء هذه المعاينة، وهي مدة مفتوحة للإدارة تقوم خلالها بإخطار صاحب الصفقة بأسباب عدم التسديد، وهي تخضع في ذلك وتتبع القواعد والإجراءات الإدارية وقواعد المحاسبة العمومية، وذلك ضماناً للمال العام من التبذير، ومن ثم فلا يحق لصاحب الصفقة أن يطالبها بالتسديد قبل إجراء وإتمام معاينة الأعمال المنجزة وتقييمها والموافقة عليها وتحرير محضر أو كشف بشأنها كما نصت على ذلك المادة ٧٧ وبالتفصيل السابق في موضع متقدم من هذه الدراسة.

ثالثاً: يجب ألا يصدر عن الإدارة تسديد للمبلغ أولا تقوم بتبليغ أو إخطار صاحب الصفقة بأسباب تأخيرها وذلك خلال مدة أربعين (٤٠) يوماً تلي

المعـاينة، وهو مـا نصت عليـه المادة ٧٧/ ١ مكرر من قـانون الصـفـقـات العمومية.

فـإذا انقـضت هـذه المدة دون صـدور أي تصـرف من جـانـب الإدارة فـإنه يعـتـد بهـذا التـأخيـر، وهو مـا يخـول الحق في طلب الفـوائد التـأخـرية. ويحـسـب هذا التـأخيـر من اليـوم الذي يلي انقـضـاء مـهلة الأربعين يومـاً المذكورة، على أن يطبق في ذلك السعر المرجعي المصرفي المطبق من قبل البنك الجزائري الذي يتعامل معه المتعاقدان وهو ماحددته المادة ٧٧/ ٢ مكرر.

وبمفـهـوم المخـالفـة، فـإذا قـامت الإدارة بالتـسـديد خـلال الأربعين يومـاً المذكورة، أو إذا لم تقم بالتسديد ولكنها قدمت أسباباً كافية لتبرير تأخرها عن التـسـديد أو الدفع، فليس للمـتـعـاقـد الحق في طلب فـوائد التـأخيـر، وذلك حـتى إذا انقـضـت المدة المذكـورة، ولكن بشـرط أن تـخطره الإدارة بعدم إمكانية التسديد خلال هذه المهلة.

رابعـاً: سعيـاً من المشـرع لحمـاية المال العام، والسـهر على وحدة تطبيق قـواعد المحاسبة العمومية في الدولة وعلى جميع الصفقات، سـواء التي تبرمـها الدولة أو الجماعات المحلية أو المؤسسات العامة الإدارية، فقد أخضع احتساب فوائد التأخير لنظام مالي محدد، وهو نظام الخصم المعمول به

في البنك المركزي الجزائري وذلك لتوخي الدقة في العمليات المالية والنفقات التي تصرف بسببها الميزانية والاعتمادات المخصصة للإدارات العمومية، مع الإشارة إلى أن الإدارة أو المصلحة المتعاقدة لاتملك المبالغ التي تمثل سعر أو ثمن الصفقة في صورة نقود سائلة، بل هي عبارة عن اعتمادات مالية مفتوحة إما في البنك أو في الخزينة العامة ويكون صرفها طبقاً للقواعد العامة للمحاسبة العمومية ، وكذلك بواسطة وثائق معنية .

ونشير في الأخير، وسعياً من المشرع إلى التخفيف من تبعات عدم الدفع بعد إتمام عملية المعاينة واستنفاذ أجل الأربعين يوماً المنصوص عليها في المادة ٧٧ مكرر فقد عدل الفقرة الثانية من هذه المادة، فبعد أن كان احتساب الفوائد التأخيرية يتوقف على شرط تقديم طلب صريح من قبل المتعاقد ، أصبح هذا الأمر يتم تلقائياً وبمجرد انقضاء أجل الأربعين يوماً المذكور، حيث تنص الفقرة الثانية في صياغتها الجديدة على أنه : " إذا لم يتم هذا التبليغ - ويقصد بها أسباب عدم الدفع- أو لم يطرأ الدفع عند انقضاء هذا الأجل، يخول التأخير الحق في فوائد على التأخير تحسب ابتداء من اليوم الذي يعقب انقضاء الأجل وبنسبة الفائدة المصرفية المتوسطة القصيرة الأمد "[1].

(١) تم التعديل بموجب المرسوم التنفيذي رقم ٩٨-٨٧ المؤرخ في مارس ١٩٩٨ الجريدة الرسمية رقم ١٣/ ١٩٩٨.

المطلب الثاني

مدى إمكانية إبراء ذمة الإدارة من الفوائد التأخيرية

خلصنا فيما سبق إلى القول بأن تأخر الإدارة عن تسديد ثمن الصفقة في الأجل المحدد له يترتب عليه منح الحق في طلب الفوائد التأخيرية من قبل المتعاقد متى توافرت شروطه على النحو السابق بيانه . هذه هي قاعدة عامة .

ولكن ، واستثناء من ذلك يمكن تبرئة ذمة الإدارة من دفع الفوائد التأخيرية حتى في حال عدم حصول التسديد في الأجل المقرر لذلك . ولكن كيف يمكن للإدارة تبرئة ذمتها من دفع الفوائد المذكورة ، وما هي الأسباب والحجج التي يمكنها الاعتماد عليها في ذلك؟

يمكن رد ذلك إلى الأسباب أو الحجج التالية :

أولاً : أن أول عمل يجب أن تقوم به الإدارة -وهذا من باب التذكير فحسب- لكي تبرء ذمتها من فوائد التأخير هو أن تبادر بتسوية الأوضاع أو أن تخطر المتعاقد معها بالأسباب والمبررات التي كانت وراء التأخر المذكور في الدفع ، سواء تعلق الأمر بالدفع على الحساب أو على حساب الرصيد ، وهو ما نصت عليه المادة ٧٧ مكرر بشكل غير مباشر . غير أن الثابت أيضاً والحالة هذه ، هو أن المتعاقد يكون قد لحقه ضرر أو إصابته خسارة بسبب عدم الدفع ، الأمر الذي يستوجب جبره على أية حال

استناداً إلى روح العقد الذي يربطه بالإدارة وهذا في سياق النظرية العامة للعقد أياً كان المجال الذي تطبق فيه، ويمكن أن نقول في هذا الخصوص بأن النص القانوني قاصر ولايفي بالغرض بشكل كامل للتكفل بالتعويض الذي يستحقه المتعاقد مع الإدارة، والذي وإن لم ينسب مصدره إلى خطأ هذه الأخيرة، فبالاستناد إلى أساس موضوعي وهو كون العقد عقد معاوضة، وأنه قد أصابه جراء تنفيذه ضرر مالي أو خسارة مالية لسبب لاينسب إليه على الإطلاق فلا بد من جبره إذن.

ولتفادي هذا النوع من الإفرازات السلبية لتطبيق قواعد ونظام دفع المقابل المالي في العقد الإداري أو التخفيف من حدتها على الأقل، بادرت الحكومة مؤخراً إلى إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية بموجب المرسوم التنفيذي رقم ٩٨-٦٧ المؤرخ في ٢١ فبراير ١٩٩٨[١] ومعه ملحق لدفتر الشروط، حيث نصت المادة الثانية منه على أن:

"باعتباره[٢] أداة أساسية للدولة ترمي إلى الحفاظ على التوازن بين التطور المادي والمالي لمشاريع التجهيز العمومية المقيدة في البرامج السنوية والمتعددة السنوات التي يتم تمويلها من ميزانية الدولة، تتمثل مهمة الصندوق في ضمان تمويل الصفقات والطلبات العمومية.

---

(١) منشور بالجريدة الرسمية رقم ١٩٩٨/١١.

(٢) يقصد به صندوق ضمان الصفقات العمومية.

وعلى هذا الأساس يكلف الصندوق بتقديم ضمانته أو كفالته بأي شكل لتسهيل الإنجاز المالي للصفقات والطلبات العمومية، كما يمكنه أيضاً تسيير كل العمليات التي يمكن أن تكلفه بها الخزينة ".

وقد زاد الأمر توضيحاً ملحق دفتر الشروط المرفق بالمرسوم المذكور، حيث نصت المادة الثالثة منه على أن :

" يسمح الصندوق للحاصلين على صفقات وطلبات توريد عمومية بالاستفادة من تسبيقات مالية وتجنيد مبلغ الديون المستحقة لهم بمناسبة إنجاز العقود أو طلبات التوريد العمومية ".

أما المادة الرابعة من هذا الملحق فتقضي بأن الصندوق المذكور يمكن الحائز على الصفقات من :

ب- تعبئة الديون الناشئة بمناسبة انجاز الصفقات والطلبات العمومية، وهذه التعبئة يمكن أن تحدث خلال أو عند الانتهاء من إنجاز العقود باستظهار شهادة الحق في الدفع صادرة عن الأمر العمومي بالصرف صاحب المشروع.

ج- يمكنهم الحصول على اعتمادات إجمالية بإمكانها تغطية احتياجاتهم التمويلية المسبقة دون تمييز أو تعبئة الديون، عندما يتعلق الأمر بمؤسسات لها مبالغ منتظمة وهامة لصفقات مبرمة مع الدولة وتفرعاتها . . ".

ثانياً: أن ماتجدر الإشارة إليه من جهة أخرى أن الالتزام بالدفع في مجال الصفقات العمومية وعلى غرار النفقات العامة الأخرى، لايمكن تنفيذه إلا طبقاً لقواعد المحاسبة العمومية، إذ يسبقه فتح اعتماد في الميزانية، وبعد ذلك صدور أمر بالصرف أو الإنفاق من قبل السلطة التي لها حق التصديق والموافقة على العمليات المالية، ثم بعد ذلك الدفع من قبل محاسب قانوني. ومما لاشك فيه أن كل هذه الإجراءات تتطلب بطبيعة الحال وقتاً طويلاً إذا ما قورنت بما هو عليه الوضع في المعاملات الخاصة في إطار القانون المدني أو التجاري، ومن ثم، فإن الوفاء بالدفع لايمكن أن يتم إلا بعد مدة قد تدوم عدة أسابيع من تاريخ تنفيذ الصفقة من قبل المتعاقد أو على الأقل من تنفيذ الأعمال التي تمت معاينتهاوالموافقة عليها في حالة الدفع على الحساب أي التسديد الجزئي بعد الانجاز الجزئي لموضوع الصفقة.

وهذا السبب يعتبر معقولاً إذا لم يتجاوز التأخر في الدفع المواعيد العادية للأعمال الإدارية، ومن ثم ليس للمتعاقد أن يشتكي ويطلب فوائد التأخير، لكن شريطة أن يكون لمثل هذا التأخر ما يبرره على أية حال.

ثالثاً: لنتساءل هل يؤثر عدم وجود الاعتماد المالي على صحة العقد أو الصفقة؟ وهل يمكن للإدارة التخلي عن التزاماتها التعاقدية وتمتنع عن التسديد بحجة مخالفتها لقواعد المالية والمحاسبة العمومية؟.

ومن حيث المبدأ، تعتبر الصفقات التي تبرمها الدولة أو الولاية أو البلدية أو المؤسسة العمومية الإدارية من بين التقنيات أو الطرق الشائعة في صرف النفقات وتنفيذ العمليات المالية، والتي تنفذ طبقاً لقواعد المحاسبة العمومية، ومن ثم فإن دخول الإدارة (المصلحة المتعاقدة) في صفقة عمومية، يتربت عليه أعباء والتزامات جديدة، ومن واجبها عدم الالتزام بمثل هذه المبالغ المالية إلا إذا وجد اعتماد مالي يغطيها فعلاً، وإلا ترتب على ذلك جزاء مخالفة قواعد المالية والمحاسبة.

لكن هل يقتصر أثر هذه المخالفة المالية على علاقة الإدارة المتعاقدة بالقانون المالي والسلطة الوصية أو الرئاسية، أم أثراً ينصرف إلى العقد نفسه فيترتب بطلانه ومسؤولية الإدارةالعقدية؟

يتجه القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر إلى حصر أثر هذه المخالفة في علاقة الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بالقانون المالي، ولايترتب على ذلك بطلان العقد، ومن ثم فإذا تعاقدت الإدارة برغم عدم وجود اعتماد مالي فإن العقد يكون سليماً وملزماً للإدارة، سواء كان هذا الاعتماد المالي غير موجود كلياً أو كانت الالتزامات التعاقدية تفوق المبلغ المعتمد والمسموح به"[1]. وهذا هو اتجاه مجلس الدولة الفرنسي، حيث يجري عمله باستمرار على إلغاء قرارات امتناع الإدارة عن

(1) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٧٤، ص٣٢١.

الوفاء بالتزاماتها التعاقدية بحجة مخالفتها للقواعد المتعلقة بالاعتمادات المالية[1] . وعليه فمسؤوليتها العقدية تظل قائمة . وهو نفس الاتجاه الذي سارت عليه المحكمة الإدارية العليا في مصر ، ففي حكم لها صادر في ١١/ ٢/ ١٩٥٨ تقول " . . فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلاً ، ينعقد صحيحاً وينتج آثاره حتى ولو لم يكن قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال ، أو حتى إذا جاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو لو خالفت الغرض المقصود منه ، أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه ، فمثل هذه المخالفات لو وجدت من جانب الإدارة لاتمس صحة العقد ولا نفاذه ، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية "[2] .

وأما عن الأسباب والاعتبارات التي تؤيد هذا المسلك أو الاتجاه لكل من القضاء الإداري الفرنسي والمصري فنذكر منها على الخصوص :

١ - أن اعتماد المبالغ المالية لا يلزم الإدارة بالتعاقد ، فرغم صدور الاعتماد لها يمكنها العدول عن التعاقد إذا ما وجدت في هذا العدول تحقيقاً للمصلحة العامة ، خاصة وأنها كثيراً ما تتمتع بسلطة تقديرية في إتيان الأعمال الإدارية القانونية -الاتفاقية هنا خاصة- وعليه ففتح الاعتماد لايعدو أن يكون إذناً بالصرف غير لمزم ، ولكن يتحقق هذا الالتزام عندما تتدخل الإدارة وتتعاقد

(١) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٧٤، ص ٣٢١.

(٢) سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، ١٩٧٤، ص٣٢٢.

وتعتبر إرداتها باستخدام الاعتمادات المالية وتحقيق الغرض الذي رصد الاعتماد المالي من أجله. وعليه فهي -أي الإدارة- عندمنا تعاقدت فقد فعلت ذلك بإرادتها، ومن ثم يجب عليها الوفاء بالتزاماتها التعاقدية وفي مقدمتها في حالة بحثنا هذا دفع المبلغ المالي المستحق عن عملية التعاقد.

٢- الحفاظ على الثقة في الإدارة وعدم زعزتها حيال المتعاقدين، إذ لو ربطت صحة العقود ونفاذها بالتأكد من وجود المبالغ والاعتمادات المالية المخصصة للتعاقد، لما أقدم أحد على التعاقد مع الإدارات العمومية، وهذا بدوره سينعكس على وضعية المرافق العامة والخدمات التي تسديها للجمهور، هذا من جهة، ومن جهة ثانية فليس للمتعاقد ولا بإمكانه التعرف على الوضعية المالية للإدارة المتعاقدة عند التعاقد معها، لأن ذلك من أعمال السلطة العامة وسر[1] يحتفظ به في إطار احترام القواعد المتعلقة بالمالية العامة والمحاسبة العمومية فلا يطلع عليه العامة.

خلاصة ذلك، أن الإدارة المتعاقدة لايمكنها الاحتجاج بعدم وجود المبالغ المالية اللازمة للتسديد أو عدم كفايتها لتتنصل أو تتحلل من التزامها أو تعطل الوفاء به بدون تعريض نفسها للمسؤولية التعاقدية في جوانبها المقصودة من هذه الدراسة. ولكن مع ذلك لايستطيع المتعاقد إجبارها على الوفاء بالتزامها وتسديد المبلغ المستحق وفي

(١) للاستزادة والتفصيل، راجع سليمان الطماوي كتابه الأسس العامة الإدارية، ص٣٢٢.

الأجل المحدد إلا بعد تدبير المبالغ اللازمة لذلك وبالطرق المقررة وذلك تماشياً مع قواعد المحاسبة والمالية العامة بالدولة، وبهذه المثابة يكون المشرع قد تساهل مع الإدارة في قيام مسؤوليتها العقدية وفي جانبها المالي بالذات وعلى حساب مصلحة المتعاقد معها الذي لايملك حق التنفيذ المباشر عليها، فلم يبق أمامه من منفذ سوى اللجوء إلى القضاء، ولكن إجراءات ذلك غير واضحة وغير مضمونة بمقتضى نص المادة ٧٧ مكرر، فهي تستحق التعديل أيضاً، ويبقى دور القضاء في ذلك حاسماً ومعقداً.

خاتمة وخلاصة:

يتبين من خلال كل ماتقدم أن الصفقة العمومية أو العقد الإداري يرتب ولاشك في ذمة الإدارة التزامات معينة، مثلها في ذلك مثل الأطراف الأخرى في العقود الملزمة لجانبين، كما رأينا أن أهم حق يتقرر للمتعاقد مع الإدارة هو حق في الحصول على المقابل المالي، وهو في نفس الوقت يمثل أول الالتزامات التعاقدية الواقعة على عاتق الإدارة، والواجب تسديده، في شكل سعر أو ثمن للصفقة، ليس ذلك فحسب، بل يجب عليها احترام المدد المحددة والمقررة للتسديد المؤقت الجزئي أو النهائي للصفقة المذكورة.

ونذكر من جهة أخرى بأنه إذا كان التسديد النهائي لثمن الصفقة هو الأصل يتوقف -من حيث المبدأ وتطبيقاً لقواعد المحاسبة العمومية- على إتمام إنجاز العمل

المتعاقد عليه، بحيث تقوم الإدارة بمعاينة العمل المنجز أو السلعة الموردة للتأكد من مطابقتها لشروط العقد، لتسدد تبعاص لذلك الثمن عن الصفقة- نقول بأنه إذا كان الأمر كذلك، فإن المشرع الجزائري في مادة الصفقات العمومية كغيره من المشرعين الآخرين كالفرنسي والمصري لم يقرر ويلزم تطبيق هذا المبدأ بصورة جامدة بل أدخل عليه بعض القواعد تمكن من تطبيقه بمرونة، بحيث لايقف المبدأ المذكور حاجزاً أمام الإدارة والمتعاقد معها، فيخلق مصاعب مالية قد تؤثر على نفيذ العقد في المدة وبالكفاية المطلوبتين ومن ثم قرر واعتمد قاعدة التمويل الإداري للصفقات العمومية، حيث تساهم الإدارة في تمويلها، وهذا علاوة على التزامها بدفع الثمن النهائي لهذه الصفقة، وذلك عن طريق تقديم السلف والتسبيقات للمتعاقد معها، وقد تضمنت المواد من ٦٢ إلى ٧٤ من قانون الصفقات العمومية تنظيم التمويل الإداري للصفقات على النحو السابق بيانه بالتفصيل في موضعه.

أما بالنسبة للتسديد النهائي لثمن الصفقة، فنظراً لكون إجراءات المعاينة التي تخول المقاول والمورد الحق في الدفع والتسديد تستغرق وقتاً طويلاً، الأمر الذي يرتب أعباء ومشاكل مالية معتبرة للمتعاقد مع الإدارة ارتأى المشرع ضرورة تفادي هذه التعطيلات ومعالجتها إن حدثت، فقضت المادة ٧٧ من قانون الصفقات العمومية بأنه يجب على المصلحة المتعاقدة والمتعامل معها تضمين الصفقة الآجال الممنوحة للإدارة لإجراء المعاينة التي تعطي الحق في التسديد، ليس ذلك فحسب، بل ونصت المادة

٧٧٧ مكرر من نفس القانون على أن أمام الإدارة مدة أربعين يوماً تحتسب ابتداء بعد آخر إجراء للمعاينة لاتخاذ الإجراءات اللازم لدفع المبلغ المستحق للمتعاقد معها، وإذا يتم ذلك ، فعلي المصلحة المتعاقدة إخطار صاحب الصفقة بالأسباب التي أدت إلى عدم التسديد، بحيث إذا لم يتم لا التسديد ولا التبليغ، فإن مثل هذا الموقف أو الوضع يعد خطأً من جانب الإدارة يرتب مسؤوليتها العقدية ويمنح المتعاقد معها حق طلب فوائد تأخرية.

إن المشرع إذ ينص على هذه القواعد في المادتين ٧٧ و٧٧ مكرر فإنه يسعى إلى تحسين وضعية المتعاقد مع الإدارة، إذ لايمكنه إجبارها على التنفيذ ولا الدفع بعدم التنفيذ كما في العقود القانون المدني، عدا الاستثناءات المسابق ذكرها وهي محدودة المفعول، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية فقد وضع هذه القواعد والجزاءات المترتبة عليها ليطمئن المتعاقدين مع الإدارة، وحتى لاتتزعزع ثقتهم فيحجمون عن التعاقد أصلاً، وهذا كله من أجل الحفاظ والسهر على حسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد، أحد أهم أهداف القانون الإداري.

المراجع المعتمدة في البحث

أ- الكتب :

- د. سليمان محمد الطماوي: الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي ١٩٧٦ .
- د. أحمد محيو: محاضرات في المؤسسات الإدارية، ديوان المطبوعات الجامعية ١٩٧٩ .
- ANDREE DELAUBADERE Traités des marchés publics DALLOZ 1956.
- LOMBRANO: Les marchés de l'Etat et des collectivités locales, PUF 1969.
- MOHAMED KOTBAN: Les marchés de l'opéraleur public, ou la réforme du droit des marchés publics (Etude du décret N°82.145 du 10 avril 1982).

ب- النصوص القانونية :

١- دفتر الشروط العامة المطبقة على عقود الأشغال العامة، القرار المؤرخ في ٢١/ ١١/ ١٩٦٤، الجريدة الرسمية ١٠١/ ١٩٦٤ .

٢- المرسوم التنفيذي ٤٣٤ المؤرخ في ٩/ ١١/ ١٩٩١ يتضمن تنظيم الصفقات العمومية الجزائرية، الجريدة الرسمية رقم ٥٧/ ١٩٩١ .

٣- المرسوم التنفيذي ٩٦-٥٤ المؤرخ في ٢٢/ ١/ ١٩٩٦ يعدل ويتمم المرسوم

التنفيذي ٩١-٣٤٣-١٩٩٨-١٢-٣٠ لتنظيم الصفقات العمومية الجريدة الرسمية رقم ٦/ ١٩٩٦ .

٤- المرسوم التنفيذي رقم ٩٨-٦٧ المؤرخ في ٢١ فبراير ١٩٩٨ يتضمن إنشاء صندوق ضمان الصفقات العمومية وتنظيمه. الجريدة الرسمية رقم ١١/١٩٩٨.

٥- المرسوم التنفيذي رقم ٩٨-٨٧ المؤرخ ٧ مارس ١٩٩٨، يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم ٩١-٤٣٤ في ٩ نوفمبر ١٩٩١ والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، الجريدة الرسمية رقم ١٣/ ١٩٩٨ .

Legal System For Settlement of Financial EquipmentIn Administration Contracts Under Algerian ublie Bargains Law of 1991, revised

By

Azzawi Abdul Rahman

Associate Proffessor Lecturering at Legal Studies Institute,Telmsan University, Algeria

The researcher extensively details in Chapter I the right to receive financial equivalent in administrative contracts pointing to its origin and legal nature. In Chaper II he talks about the Admin. liability to comply with due dates, the possibility of activating its contractual obligations, demonstrating the Algerian 1991 public transactions law stipulations in comparison with French & Egyptian laws, indicating similarities & contradictions.

The researcher ended his research with his conclusic & comments on the above - mentioned law.



نقل وزراعة الأعضاء البشرية
في الميزان الشرعي

إعداد

ريان توفيق خليل *

* عضو رابطة العلماء بالموصل بالجمهورية العراقية.

مقدمة:

الحمد لله الذي عنده أم الكتاب، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الذي هدانا إلى الصواب، وعلى آله وأصحابه أولي الخير والرشاد، ورضي الله عن أئمة الهدى والاجتهاد، وبعد. فإن مسألة نقل الأعضاء هي من المسائل المتسجدة، والتي أفرزها الانفجار العلمي على صعيد الطب عموماً والجراحة خصوصاً، وقد حظيت تلك المسألة باهتمام خاص من قبل علماء الشريعة لما لها من فاعلية في إنقاذ حياة الكثيرين الذين كان مصيرهم من قبل إلى الموت المحقق، إلا أن تلك المسألة قد كانت تصطدم في أذهان البعض بمسلمات شرعية، ومن جملتها احترام الآدمي حياً وميتاً، وعدم جواز التمثيل به، ووجوب دفنه أو دفن أي جزء يبان منه، وما إلى ذلك.

ومن هنا اختلفوا في حكم التبرع بالأعضاء، فمنعته طائفة وأجازه آخرون . . . ومن الجدير بالذكر أن بحث هذه المسألة لايمكن أن يعتمد على بعض الفروع الفقهية التي يمنع ظاهرها أي انتفاع بأجزاء الآدمي اتكالاً على كرامته وحرمته، حيث إن أجواء تلك النصوص قد كانت بعيدة عما نحن بصدده من نقل بعض الأعضاء وغرسها في جسم قد أشرف على الهلاك، فيؤدي ذلك العضو وظيفته السابقة، ويحفظ حياة المستقبل له بإذن الله، دون أن يمس بصحة المبترع الحي بسوء، ولو أن هذه المسألة واجهت فقهاءنا القدامى رحمهم الله لاستنبطوا لها حكماً خاصاً بها، يراعي كافة جوانبها وأبعادها، كما استنبطوا أحكاماً خاصة للاستصناع مثلاً الذي كان

القياس يمنعه، ووضعوا له ضوابط تنسجم مع مقاصد الشريعة وكلياتها .

وسينحصر كلامنا في المباحث التالية :

١- المبحث الأول: الحق وأقسامه .

٢- المبحث الثاني: التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الفقهية .

٣- المبحث الثالث: نقل الأعضاء من الموتى .

٤- المبحث الرابع: شبه المانعين وردها .

المبحث الأول

الحق وأقسامه

لا يكاد الباحث في كتب الفقه يجد نصوصاً صريحة وواضحة تعالج مسألة التبرع بالأعضاء وغرسها؛ لأن هذه المسألة -شأن غيرها من المسائل المستجدة- لم ينظر فيها أسلافنا بنظر مستقل يتلاءم مع أهميتها وخطورة القول بمنعها على الإطلاق . . . هذا وإن حجر الزاوية في أي بحث هو العثور على الباب الذي يفضي إلى تأصيل مسائل البحث وتخريجها، وتشييد بناء فقهي متماسك الأطراف، ولعل الباب الرئيسي الذي سيوصلنا إلى بحث تلك القضية وتأصيلها هو باب الحق وما يتعلق به من مباحث .

لقد قسم العلماء الحق إلى قسمين :

الأول : حق الله وهو ما يتعلق به النفع العام[1] .

الثاني : حق العبد وهو مايتعلق به النفع الخاص[2] .

ومعنى قولهم في حق الله مايتعلق به النفع العام : أن الله عز وجل قد شرع هذا الحق رعاية لمصلحة الجماعة وحفظها ، ألا يرى أن الزنا حرام وحق الله متعلق بهذا الحكم من جهة أنه يحمي مصلحة الجماعة المتمثلة بحفظ الأنساب ، وطهارة المجتمع وعفته . ونسبته إلى الله تعالى لعظم خطره ، وعموم نفعه ، ولاتعني النسبة إلى الله أنه ينتفع به دون غيره ؛ فإنه عز وجل لايحتاج إلى شيء والكل مما سواه محتاج إليه ، فالنسبة إذن لإبراز مصلحة الجماعة وبيان عموم النفع الذي يحميه هذا النوع من الحق[3] .

أما حق العبد فإن النفع مقصور عليه لايتعداه إلى غيره ، كحقه في الشفعة ، وكحق الزوجة في القسم . وبعبارة جامعة ومانعة «حق الله أمره ونهيه وحق العبد ومصالحه»[4] .

---

(١) البحر الرائق ٥/ ٣. كشف الأسرار ٤/ ١٣٤-١٦١ .

(٢) انظر حاشية السعد على التلويح ٢/ ١٥١ .

(٣) نفس المصدر .

(٤) الفروق للقرافي ١/ ١٤٠ .

فجميع أوامر الله ونواهيه يتعلق بها النفع العام من جهة أن تلك الأوامر والنواهي إنما شرعت لبناء علاقة العبد مع ربه عز وجل، أو لتنظيم علاقة العبد مع العبد. ويعبر الفقهاء عن القسم الأول بالعبادات حيث إنها تربي في العبد جانب السمو والرفعة، وتدعو إلى فضائل الأخلاق ومكارمها، ولا يخفى ما في ذلك من رعاية أمر الجماعة، وتحقيق مصالحها من خلال الفرد الذي يعتبر ركناً من أركانها، كما أنهم يعبرون عن القسم الثاني بالمعاملات والعقوبات. ويتعلق الحق عموماً بهذه الأوامر والنواهي، حيث قسم العلماء التكاليف من حيث تعلق الحق بها إلى ثلاثة أقسام يقول القرافي رحمه الله: والتكاليف على ثلاثة أقسام حق الله فقط كالإيمان، وتحريم الكفر. وحق العباد فقط، كالديون، والأثمان. وقسم اختلف فيه هل يغلب فيه حق الله أو حق العبد؟ كحد القذف.

ونعني بحق العبد المحض أنه لو أسقطه لسقط، وإلا فما من حق للعبد إلا وفيه حق لله تعالى، وهو أمره بإيصال ذلك الحق إلى مستحقه، فيوجد حق الله تعالى دون حق العبد، ولا يوجد حق العبد إلا وفيه حق الله تعالى، وإنما يعرف ذلك بصحة الإسقاط، فكل ما للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به حق العبد، وكل ما ليس للعبد إسقاطه فهو الذي نعني به أنه حق الله تعالى، وقد يوجد حق الله تعالى وهو ما ليس للعبد إسقاطه ويكون معه حق العبد، كتحريمه تعالى لعقود الربا، والغرر، والجهالات؛ فإن الله تعالى إنما حرمها صوناً لمال العبد عليه، وصوناً له عن الضياع

بعقود الغرر والجهل، فلا يحصل المعقود عليه، أو يحصل دنياً ونزراً حقيراً، فيضيع المال، فحجر الرب تعالى برحمته على عبده في تضييع ماله الذي هو عون على أمر دنياه وآخرته، ولو رضي العبد بإسقاط حقه في ذلك لم يؤثر رضاه، وكذلك حجر الرب تعالى على العبد في إلقاء ماله في البحر وتضييعه من غير مصلحة، ولو رضي العبد بذلك لم يعتبر رضاه، كذلك تحريمه تعالى المسكرات صوناً لمصلحة عقل العبد عليه، وحرم السرقة صوناً لماله، والزنا صوناً لنسبه، والقذف صوناً لعرضه، والقتل والجرح صوناً لمهجته وأعضائه ومنافعها عليه، ولو رضي العبد بإسقاط حقه من ذلك لم عتبر رضاه، ولم ينفذ إسقاطه، فهذه كلها ومايلحق بها من نظائرها مما هو مشتمل على مصالح العباد حق الله تعالى؛ لأنها لاتسقط بالإسقاط وهي مشتملة على حقوق العباد لما فيها من مصالحهم، ودرء مفاسدهم وأكثر الشريعة من هذا النوع[1].

ومن خلال كلام القرافي السابق يتبين أن هذا التقسيم من حيث جواز إسقاط الحق وعدمه، وإلا فالأحكام كلها قائمة على أساس حق الله تعالى المتمثل بعبودية الخلق له تعالى[2].

بدن الآدمي والحقوق المتعلقة به:

توصلنا مما سبق إلى أن حق الله تعالى لايقبل الإسقاط، وحق العبد يقبله،

(١) الفروق ١/ ١٤٠-١٤١.

(٢) انظر ضوابط المصلحة للبوطي، ص٥٠-٥١.

ونظراً إلى أن حق الله مايتعلق به النفع العام، فإنالزنا مثلاً لايباح بإباحة المرأة، ولكن يباح المال مثلاً بإباحة المالك؛ لأن النفع فيه خاص[1]، فصاحب الحق فيه هو العبد بخلاف الأول فإن صاحب الحق هو الله تعالى.

والسؤال الذي يفرض نفسه الآن هل الحق المتعلق ببدن الإنسان وأعضائه من قبيل حق الله أم حق العبد؟ ويمكن الإجابة عن هذا السؤال من خلال استعراض الفروع الفقهية التالية:

١- حرم الله تبارك وتعالى الانتحار بقوله ﴿ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً﴾[2]. وقد قرر الفقهاء أن المنتحر أعظم وزراً من قاتل غيره، وهو فاسق وباغ على نفسه حتى قال بعضهم لايغسل ولايصلى عليه كالبغاة[3].

٢- اتفق الفقهاء على أن من امتنع من المباح كالأكل والشرب كان قاتلاً لنفسه، وإذا اضطر الإنسان للأكل أو الشرب من المحرم فامتنع حتى مات كان آثماً وصار قاتلاً لنفسه؛ لأن هذه الأشاء مما يباح عند الاضطرار قال تعالى ﴿وقد فصّل لكم ماحرّم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾[4].

٣- قال الزيلعي رحمه الله: «وحرمة طرف الإنسان كحرمة نفسه، حتى لو أكره على قطع يد غيره لايرخص له قطعها، كما لم يرخص له قتل نفسه،

(١) كشف الأسرار ٤/ ١٣٥.

(٢) النساء: ٢٩.

(٣) حاشية ابن عابدين ٢/ ٢١١، الموسوعة الفقهية ٦/ ٢٨٣.

(٤) الأنعام: ١١٩.

بخلاف إتلاف ماله، ولو قطعها يأثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما قلنا في النفس، ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما إذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها؛ لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها إذا استأكلت»[1].

فهذه الفروع تدل على أنه ليس للعبد أن يتصرف بجسده بأن يطفيء نور الحياة منه بأي سبب كان، أو يقطع عضواً من بدنه، وهذا يعني أن حق الله تعالى متعلق ببدن الإنسان حيث لايجوز له أن يسقطه، إلا أن ثبوت حق الله تعالى في بدنه لا يستلزم أن لا يكون للإنسان حق في نفسه أو أعضائه، ألا يرى أن الشارع أوجب القصاص في النفس والأطراف في حالة العمد والدية في حالة الخطأ، كذلك أثبت الشارع للمجني عليه في حالة التعدي على الأطراف العفو في صورة القصاص والتنازل عن الدية في صورة الخطأ، كما أثبت للورثة الحق في التنازل عن حق القصاص[2] قال تعالى ﴿فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة﴾[3].

---

(١) الموسوعة الفقهية ٦/ ٢٨٢.

(٢) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥/ ١٩٠.

(٣) البقرة: ١٧٨.

الخلاصة:

نخلص مما تقدم أن كلاً من حق الله تعالى وحق العبد يكتنف بدن الإنسان وأعضائه، فهما حقان متمازجان، فإذا أراد العبد إسقاط حقه في بدنه أو أعضائه اعترضه حق الله ومنعه من أي تصرف يكون من شأنه إهدار حق الله عز وجل، قال الشاطبي رحمه الله: حتى إذا كان الحكم دائراً بين حق الله وحق العبد لم يصح للعبد إسقاط حقه إذا أدى إلى إسقاط حق الله[1].

حق الله وقابليته للإسقاط:

ما تقدم من عدم إمكان إسقاط حق الله تعالى هو حكم الأصل، إلا أن هذا الحكم يستثنى منه فيما إذا ترتب على إسقاط حق الله مراعاة حق له عز وجل أولى بالرعاية من الأول، فإنه يجوز في هذه الصورة إسقاط حق الله، ويؤيد هذا الاتجاه جملة من الفروع الفقهية نورد قسماً منها:

١ - ذهب المالكية إلى جواز إقدام الرجل المسلم على الكثير من الكفار إذا كان قصده إعلاء كلمة الله، وكان فيه قوة وظن تأثير فيهم ولو علم ذهاب نفسه، فلا يعتبر ذلك انتحاراً.

وصرح الحنفية بأنه إن علم أنه إذا حارب قتل وإذا لم يحارب أسر ل يلزمه القتال، لكن إذا قاتل حتى قتل جاز بشرط أن ينكى فيهم.

---

(١) الموافقات ٢/ ٣٧٦.

كما نقل عن محمد بن الحسن أنه قال: لو حمل رجل واحد على ألف رجل من المشركين، وهو وحده لم يكن بذلك بأس، إذا كان يطمع في نجاة أو نكاية عدو[1].

لو تأملنا في هذه الفروع المتشابهة، لوجدنا أن العبد إذا علم أنه مقبل على الموت إلا أنه يحقق نكاية بالعدو فإن فعله هذا -المحكوم عليه بالجواز شرعاً- ليس إلا من قبيل إسقاط حق الله تعالى في نفسه وحياته، لكن لما ترتب على هذا الإسقاط مراعاة حق لله أولى كان جائزاً، فالنكاية بالعدو وإحداث شرخ في صفوفه تقوي من عزيمة المسلمين، وتثير الرعب في قلوب الأعداء، وتجعل النصر قريباً بإذن الله، وهذا الحق أولى بالرعاية من حق الله في نفس العبد وحياته كما هو ظاهر.

٢- لو أكره على شرب الخمر مثلاً، ودار الأمر بين شربها وبين أن يقتل جاز له شربها، وماهذا إلا إسقاط لحق الله في النهي عن شربها، رعاية لحق الله الأولى بالرعاية من الأول وهو حفظ نفسه[2].

٣- اتفق العلماء على أنه يجوز رمي الكفار إذا تترسوا بالمسلمين وأسراهم أثناء القتال أو حصارهم من قبل المسلمين إذا دعت الضرورة إلى ذلك، بأن كان في الكف عن قتالهم انهزام للمسلمين والخوف على استئصال قاعدة الإسلام، ويقصد بالرمي

---

(١) الموسوعة الفقهية ٦/ ٢٨٥-١٨٦.

(٢) حاشية ابن عابدين ٦/ ١٣٣-١٣٤.

الكفار[1].

وفي هذا الفرع يتجلى إسقاط حق الله بالمسلمين المتترس بهم، وإن لم يقصد الرامي قتلهم إلا أنه يعلم أنهم يموتون نتيجة للرمي، فجاز إسقاط هذا رعاية لحق لله أولى منه بالرعاية وهو إعلاء الدين وحماية بيضة المسلمين.

تخريج مسألة التبرع بالأعضاء بناءً على ماتقدم:

توصلنا في بحثنا السابق إلى نتيجة مفادها: «يجوز إسقاط حق الله إذا ترتب عليه مرعاة حق لله أولى بالرعاية من الأول». وبناءً على هذا نقول إن تبرع الإنسان بكليته مثلاً وإن لزم منه إسقاط حق الله بالنسبة له إلا أن فيه رعاية حق لله أيضاً في بدن المتبرع له، وهو صون حياته من الهلاك ورعاية هذا الحق أولى من جهة أنه يتضمن الحفاظ على نفسين، في حين أن في الأول حفاظاً على نفس واحدة ولاشك أن الحفاظ على نفسين أولى بالرعاية من الحفاظ على نفس واحدة ف يميزان الشرع، لاسيما وأن المتبرع لايترتب على تبرعه ضرر لايمكن تحمله لما سنبين هذا في شروط التبرع بالأعضاء.

(1) الموسوعة الفقهية ١٠/ ١٣٧.

المبحث الثاني

التبرع بالأعضاء في ضوء القواعد الفقهية

القواعد الفقهية هي الكليات التي استنبطها الفقهاء من تتبع جزئيات المسائل، وتمت صياغتها بعبارة موجزة جامعة تتناول مختلف أبواب الفقه، ليسهل ضبط المسائل والقياس عليها[1].

ومن هذه القواعد التي لها صلة بقضية البحث:

١- الضرورات تبيح المحذورات[2].

والضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الممنوع[3]. فيجوز التلفظ بكلمة الكفر للإكراه، وكذا إتلاف المال، وأخذ المال من الممتنع من أداء الدين بغير إذن، ودفع الصائل ولو أدى إلى قتله[4].

إلا أن لهذه القواعد ضوابط يجب تحققها حتى يتسنى الخروج عن حكم الأصل، واعتبار المسألة من ما صدقات هذه القاعدة وهي كما يلي:

---

(١) يراجع كتاب القواعد الفقهية لعلي أحمد الندوي، ص٣٩-٥٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٨٥.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٣٣.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٥.

أ- أن تكون أسباب الضرورة قائمة لامتوقعة أي أن تكون المخاوف مستندة إلى دلائل واقعة بالفعل.

ب- أن تكون نتائج هذه الدلائل القائمة بالفعل يقينية أو غالبة على الظن بموجب أدلة علمية لا اعتماداً على إلهام أو تخمين.

ج- أن تكون المصلحة المستفادة من إباحة المحذور بسبب هذه الضرورة أعظم أهمية في ميزان الشرع من المصلحة المستفادة من تجنب المحظور وإهمال أسباب الضرورة[1].

ولو تأملنا في هذه الضوابط لوجدناهامتحققة في صورة التبرع بالعضو المسموح بنقله؛ فإن الشخص الذي توقفت كليتاه مثلاً فإنه يكون مشرفاً على الموت المحقق، وهذا يعني أن سبب الضرورة قائم بالفعل لامتوقع، كما أن تلك العملية لاتجري إلا إذا كانت نتيجتها تخدم المتبرع له يقيناً، أو بغلبة الظن القريب من اليقين، أضف إلى ذلك أن المصلحة المستفادة من إباحة المحظور -أعني قطع عضو من شخص سليم- هو أعظم في ميزان الشرع من المصلحة المستفادة من تجنب المحظور ذاك أن في إباحة هذا المحظور رعاية نفس قد أشرفت على الهلاك، وبذلك نحفظ نفسين المبترع والمتبرع له، أما الضرر الذي يصيب المتبرع فهو ضرر يسير يمكن تحمله.

(١) مسألة تحديد النسل للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي ص٩٣.

وبناءً على ماتقدم نقول: يمكن قياس مسألة التبرع بالأعضاء بشروطها على الفروع الفقهية التي تجمعها قاعدة الضرورات تبيح المحظورات، إلا أنه لابد من اعتبار إذن المتبرع؛ لأن له الحق ببدنه والانتفاع بأعضائه كما تقدم.

٢- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف[١]:

تتناول هذه القاعدة جملة من المسائل، والتي يمكن جعلها أصلاً تقاس عليه مسألة التبرع بالأعضاء، فلو اضطر المحرم وعنده صيد ومال الغير فالصيد أولى؛ لأنه أخف الضررين[٢]، ومن فروع هذه القاعدة جواز شق بطن الميت لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته[٣].

وبناءً على هذه القاعدة، فإن الضرر الأخف هو التبرع بالعضو المسموح بنقله من الحي أو الميت، فيرتكب هذا الضرر لدفع الضرر الأشد وهو هلاك المستقبل للعضو إذ المسألة مفروضة في هذه الصورة.

٣- قاعدة رفع الحرج المعبر عنها بقول الفقهاء المشقة تجلب التيسير[٤].

وأخذوا هذه من قوله تعالى ﴿يريد الله بكم اليسر ولايريد بكم العسر﴾[٥]،

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/ ٣٦، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٩.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٩٠.

(٣) الموسوعة الفقهية ٨٢/ ١٨١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٥ وللسيوطي ص٧٩.

(٥) البقرة: ١٨٥.

وقوله عز وجل ﴿ ماجعل عليكم في الدين من حرج﴾[1] . وقالوا : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته[2]، كرخص المسافر، وعدم اعتبار كثير من تصرفات المكره، ومما تجدر الإشارة إليه أن المشقة والحرج يعتبران في وضع لانص فيه[3]، فلا يجوز مثلاً تخفيف كفارة المظاهر في الصوم اتكالاً على هذه القاعدة لورود النص الصريح فيها.

وهناك كثير من الفروع الفقهية تشهد لهذه القاعدة، نورد قسماً منها حتي يكون القياس عليها جلياً واضحاً:

أ- أجاز علماء الحنفية الاستصناع -وهو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل[4]- وكان القياس يأبى جواز العقد؛ لأنه يتضمن بيع المعدوم إلا أنهم جوزوه استحساناً للتعامل بين الناس من غير نكير، وما هذا إلا لرفع الحرج المترتب على منعه[5].

ب- يجوز المسح على الجبائر عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وإن شدّها على غير وضوء لأن في اعتباره حرجاً[6].

---

(١) الحج: ٧٨.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٥.

(٣) المصدر السابق ص٨٣.

(٤) بدائع الصنائع ٥/ ٢.

(٥) الاختيار لتعليل المختار ٢/ ٣٨. الموسوعة الفقهية ٣/ ٣٢٧.

(٦) الاختيار ١/ ٢٦.

ونظراً لما تقدم فإن في منع التبرع بالأعضاء وغرسها حرجاً عظيماً لاتتحمله النفوس، وسداً لباب واسع من أبواب حفظ النفس ورعايتها التي تعتبر من المقاصد الرئيسية للشريعة التي تلي مصلحة حفظ الدين.

شروط التبرع بالأعضاء:

لما كان التبرع بالأعضاء خروجاً عن حكم الأصل، ومنزلاً منزلة الضرورة ومبيناً على قاعدة ارتكاب أخف الضررين، فلا بد له من شروط تستوحى من ضوابط تلك القواعد وهي:

١- أن يكون المتبرع كامل الأهلية، بأن يكون عاقلاً بالغاً؛ لأن التبرعات لاتصح من ناقص الأهلية[1]، ولو اعترض ماينافي الأهلية بعد إعلان المتبرع قبوله بالتبرع فإن ذلك يبطل تبرعه؛ لأن التبرع قبل تمامه بإجراء العملية جائز غير لازم فيكون لبقائه حكم الابتداء[2]. فإذا اعترض ماينفاي الأهلية كان هذا شبهة ترد على إذنه السابق فلا يعتد به.

ويتجه القول بجواز تبرع ناقص الأهلية استحساناً في حالات نقي العظام، والتي تتم لمعالجة بعض أنواع سرطان الدم، حيث لايصح النقل إلا من الأخوة الأشقاء وإنما جاز هذا لأن المتبرع لايصاب بأي ضرر نتيجة تبرعه.

(١) الدرر المختار بهامش ابن عابدين ٥/ ٦٨٧.
الموسوعة الفقهية ٦١/ ١٠٦-١٠٧.

(٢) الموسوعة الفقهية ١٦/ ١٠٩.

٢- أن يتعين التبرع بالعضو طريقاً لمعالجة المضطر مما أصابه؛ لأنه لايجوز إسقاط حق الله في المتبرع إلا إذا ترتب على إسقاطه مراعاة حق أولى بالرعاية، فإذا أمكن دفع المفسدتين معاً لا يجوز ارتكاب المحظور بإسقاط حق الله في بدن المتبرع.

وبناءً على هذا لايجوز التبرع بالعضو إذا وجد له بديل من عضو صناعي يؤدي مهمته، فإن لم يوجد ذلك العضو، فإن أمكن أخذ العضو من الحيوان لايجوز أخذه من الإنسان مطلقاً، وإلا فإن أمكن أخذه من الميت بشروطه لايجوز أخذه من الحي؛ لأن مفسدة الأخذ من الميت أقل بكثير من مفسدة الأخذ من الحي، وهذا مايعبر عنه الفقهاء بقولهم ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها[1].

٣- أن تكون عناصر الضرورة متحققة بأن تكون أسباب التبرع قائمة بالفعل لا متوقعة، وأن تكون نتيجة نجاح عملية التبرع بالنسبة للمستقبل نتيجة يقينية أو قريبة منه، وأن تكون مصلحة التبرع راجحة على عدمه.

وبناءً على هذا لايجوز التبرع لحاجة متوقعة، ولايجوز التبرع إلا إذا تبين لذوي الاختصاص عن طريق قياس علمي منضبط نجاح عملية الزرع،

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٦.

ولايجوز التبرع إذا ترتب عليه ضرر بالنسبة للمتبرع بحيث لايمكن تحمله[1].

٤- أن لايكون العضو المتبرع به مما يخل بحياة المتبرع الاعتيادية؛ لأن الضرر لايزال بضرر مثله أو أشد منه. وبناءً على هذا لايجوز التبرع بالقلب من الحي وغيره من الأعضاء الأحادية كالكبد التي يخل التبرع بها بأصل الحياة.

٥- أن لايتعارض التبرع مع مقاصد الشريعة في حفظ الأنساب، فلا يجوز التبرع بالمني ولا بالمبيض؛ لأن هذا يؤدي إلى اختلاط الأنساب.

٦- أن يكون المتبرع له معصوم الدم شرعاً، وهو المسلم والذمي والمعاهد، فلا يجوز التبرع للحربي ولا لزان محصن وجب عليه الحد شرعاً.

٧- لايجوز نقل عضو من إنسان حي يعطل نقله انتفاء وظيفته الأساسية لدى المتبرع، وإن لم تتوقف عليه سلامة أصل الحياة، كنقل قرنية العينين كلتيهما أو البنكرياس أو اللسان؛ لأن المصلحة التي يحققها هذا التبرع في جسم المستفيد لاتزيد عن مصلحة بقاء هذا العضو في جسم صاحبه.

ملاحظتان:

الأولى: لايجوز بأي حال من الأحوال بيع أعضاء الإنسان لأن الإنسان وأعضائه لايكونان محلاً للتعاقد؛ لأن محل العقد هو المال المتقوم، والإنسان ليس

(١) نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية -الدكتور وهبة الزحيلي، ص٦٩-٧٢.

بمال، وكذلك فإن إيراد العقد عليه امتهان له، قال ابن عابدين: «والآدمي مكرم شرعاً وإن كان كافراً فإيراد العقد عليه وابتذاله به وإلحاقه بالجمادات إذلال له(أهـ) أي وهو غير جائز وبعضه في حكمه»[1].

وحكم الرقيق في هذا كحكم الأحرار تماماً؛ لأن أهلية الرقيق موجودة وعصمة دمه قائمة وصيانة أعضائه مقررة، وإنما الرق أثر على أهليته للتلمك، وعلى جعله سلعة يباع ويشترى كلا أو بعضاً قائماً لا مقتطعاً[2].

الثانية : لايجوز شرعاً إعادة العضو المقطوع في حد أو قصاص؛ لأن في ابقاء أثر الحد تحقيقاً كاملاً للعقوبة وللزجر الذي بنيت عليه نعم يجوز إعادة العضو المقطوع في قصاص إذا أذن المجني عليه بذلك؛ لأن له أن يسقط حقه ابتداء.

المبحث الثالث

نقل الأعضاء من الموتى

أثبتنا في المبحثين السابقين جواز التبرع من الأحياء، وهو يدل من باب الأولى على جواز الأخذ من الأموات من حيث الجملة؛ لأنه لايمكن تصور أي ضرر حسي يلحق الميت في حين أن الأخذ من الأحياء قد يكتنفه الخطأ ولو بنسبة ضئيلة في تقدير

(١) حاشية ابن عابدين ٥/ ٥٨.

(٢) مجلة مجمع الفقه الإسلامي ١٤٠٨هـ (٤)، ١/ ٢٨٩ نقلاً عن كتاب الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء ص١٨٣.

حالة المتبرع وإمكانية الأخذ منه، وينحصر كلامنا في هذا البحث في ثلاثة مطالب لها صلة وطيدة بنقل الأعضاء من الموتى.

المطلب الأول

نقل بعض أعضاء الموتى عند فقهائنا القدامى

إن كانت مسألة نقل الأعضاء من الأحياء لم تبحث من قبل أسلافنا رحمهم الله بسبب ظروف عصرهم، وعدم توصل معطياتهم الطبية إلى هذا التقدم الذي يشهده عصرنا، بحيث صار من الممكن نقل وغرس معظم أعضاء جسم الإنسان إلا أنه قد كان لهم كلام بخصوص استعمال بعض أعضاء الموتى التي كان نقلها ينسجم مع إمكانياتهم الطبية آنذاك، والمسألة التي بحثها فقهاء الشافعية على وجه الخصوص هي وصل عظم الحي بعظم الميت، فقد جاء في تحفة المحتاج: "ولو وصل" معصوم (عظمه بنجس لفقد الطاهر فمعذور وإلا)بأن وصله بنجس مع وجود طاهر صالح ومثله ما لو وصله بعظم آدمي محترم مع وجود نجس أو طاهر صالح (وجب نزعه إن لم يخف ضرراً ظاهراً). ونقل الشرواني في حاشيته على قوله "ومع وجود نجس" عن الشبراملسي مانصه: يفهم منه لو لم يجد إلا عظم آدمي وصل به، وهو ظاهر، وينبغي تقدم عظم الكافر على غيره، وإن العالم وغيره سواء، وإن ذلك في غير النبي[1] (أ. هـ) وقد وافقه على هذا الاستنتاج الرشيدي وابن قاسم العبادي، فأنت

(١) تحفة المحتاج ٢/ ١٢٥-١٢٦.

ترى أنه قد راعوا حاجة الحي على حق الميت في الدفن، واستخدموا قاعدة الضرورة على أتم وجه، ويمكن أن يتخذ هذا بالإضافة إلى ماقررناه من الأدلة أساساً لقياس غيره عليه من الأعضاء التي تحقق فيها شروط جواز التبرع المارة والله أعلم.

المطلب الثاني

الوصية بالعضو

اشترط معظم الباحثين المعاصرين لجواز أخذ العضو من الميت هو أن يكون ذلك الميت قد أوصى به[٢]، وبنوا كلامهم هذا على أن حق العبد في نفسه وأعضائه مازال قائماً في حالة الموت أيضا، والمراد من الوصية في هذا المقام هو إذن الميت لا التمليك المضاف لما بعد الموت، إذ لايتصور هذا المعنى في العضو؛ لأنه لايقبل التمليك فيتحقق بالوصية الشق الأول من جواز النقل وهو إسقاط العبد لحقه، أما إسقاط حق الله وهو الشق الثاني للجواز فجائز أيضاً، لأنه لمراعاة حق أولى بالرعاية وهو حفظ نفس الحي دون أن يمس الميت سوء إلا ماقد يظن أنه اعتداء على جثته، وهذه المفسدة تبررها دفع مفسدة هلاك الحي المتوقفة حياته على استئصال عضو الميت، ولاشك أنها أعظم في ميزان الشرع، على أن الميت قد أسقط حقه في ذلك بالوصية.

ولا بد في صورة النقل من الموتى مراعاة أن لايكون العضو المنقول مما له مدخل

(٢) انظر: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الدكتور محمد نعيم ياسين، ص١٧٦-١٧٨.

في الأنساب كالخصية والمبيض؛ لأن سبب التحريم المار في الحي قائم في الميت وهو اختلاط الأنساب الممنوع شرعاً؛ لأن أهل الاختصاص يقررون أن كلاً من الخصية والمبيض في حالة النقل يبقى محافظاً على قابليته في انتاج النطف بإذن الله، وفي السماح بذلك من المضار والمفاسد ما لايخفى على ذوي الألباب.

وقد يتجه القول بأن اشتراط الوصية بالنقل من الموتى هو في غير حالة الضرورة التي أجاز جمهور الفقهاء فيها للحي أن يهجم على الميت ويقطع جزءً ليدفع الهلاك عن نفسه[1]، ولم يشترط أحد في هذه الحالة أن يكون الميت قد أوصى بذلك أو أذن؛ لأن حرمة الإنسان الحي أعلى من حرمة الميت[2]. ويؤكد هذا الرأي ما نقلناه من كلام التحفة المار في جواز وصل الآدمي عظمه بعظم ميت إذا تحققت الضرورة حيث لم يشترطوا هناك إذن الميت قبل موته بذلك فإذا لم يجد المصاب بتعطل أحد أعضائه الذي يسبب له الهلاك إذا لم يجد متبرعاً حياً أو ميتاً ووجد ميتاً لم يوص بنقل عضوه أمكنه الاستفادة من عضوه بشرط أن يقرر أهل الاختصاص أن ذلك العضو المراد نقله يؤدي مهمته في بدن الحي دون عوائق.

وقد ذهب كثير من العلماء المعاصرين إلى أن للورثة الحق بأن تأذن بنقل عضو مورثهم إذا لم يوص هو بذلك بل جاء في قرار مجمع الفقه الإسلامي رقم (١)

(١) لم يجز المالكية في المشهور عندهم الانتفاع بلحم الآدمي الميت ولو في حالة الاضطرار. انظر شرح منح الجليل لمحمد عليش ١/ ٥٩٦.

(٢) انظر المغني، ابن قدامة / ٣٣٥. الموسوعة الفقهية ٦/ ٣٠٣.

المنعقد في جدة في دورة المجلس الرابعة مانصه : "سادساً : يجوز نقل عضو من ميت إلى حي تتوقف حياته على ذلك العضو، أو تتوقف سلامة وظيفة أساسية فيه على ذلك، بشرط أن يأذن الميت أو ورثته بعد موته، أو بشرط موافقة ولي أمر المسلمين إذا كان المتوفى مجهول الهوية"[1].

واعتمد هذا الاتجاه على مقدمتين :

الأول : أن كل ما كان حقاً للميت حال حياته فهو حق لورثته من بعده[2].

الثانية : يجوز للورثة المطالبة بحد قاذف مورثهم، وهذا يعني أن الحد يورث عن الميت[3].

وهذا الرأي مع وجاهته إلا أنه يرد على المقدمة الأولى أن الحقوق تنقسم إلى قسمين من حيث الانتقال وعدمه.

فالأول : ما لاينتقل بالموت، وهو ما كان متعلقاً بنفس المورث وينتهي بموته وهي الحقوق الشخصية التي ارتبطت بالشخص وحده دون غيره كالوكالة والولايات العامة فإنها تنتهي بالموت[4].

والثاني : وهو ماينتقل بالموت، وهي الحقوق المالية مثل العقار وخيار العيب؛

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٩/ ٥٢٣.

(٢) انظر أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، الدكتور محمد نعيم ياسين ص١٦٣.

(٣) المرجع السابق.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر، ابن نجيم ١٢٠-١٢٥. الموسوعة الفقهية ١٨/ ٣٧-٣٨.

فإن المشتري استحقه سليماً فكذلك الوارث[1].

وقد اختلف في بعض الحقوق كحق خيار الشرط فإنه لايورث عند الحنفية والحنابلة[2]. ويورث عند الشافعية والمالكية[3].

والذي يظهر لي أن حق الإنسان ببدنه وأعضائه عائد نفعه عليه وحده ولذا فليس للورثة حق التبرع عن الميت بأعضائه وهذا ماذهب إليه البعض[4].

أما قياس تبرع الورثة على حق القذف، فإن أصل القياس غير مجمع عليه؛ فإن الحنفية لايثبتون للوارث حق المطالبة بإقامة الحد على القاذف، جاء في حاشية ابن عابدين: «إذا مات المقذوف قبل إقامة الحد على القاذف أو بعد إقامة بعضه بطل الحد، وليس لوارثه إقامته، وهذا بخلاف ما إذا كان المقذوف ميتاً، فإن الطلب يثبت لأصوله وفروعه أصالة لابطريق الإرث»[5].

ولو سلم هذا القياس، فإنه قياس مع الفارق كما يقول الدكتور محمد نعيم ياسين؛ لأن الإساءة في هذه الصورة وقعت على المورث قبل وفاته، فثبت له حق المطالبة بالحد قبل وفاته كما ثبت له حق العفو عن قاذفه. ولو صدر عنه العفو

(١) انظر: الموسوعة الفقهية ١٨/٣٦.

(٢) انظر: المبسوط ١٣/٤٢، المغني ٤/١٤.

(٣) انظر: الموسوعة الفقهية ٢٠/١٠٥.

(٤) انظر: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، د. محمد نعيم ياسين، ص١٦٣-١٦٤.

(٥) حاشية ابن عابدين ٤/٥٢.

والمسامحة حال الحياة لسقط عن القاذف حق القذف في الدنيا وإثم القذف في الأخرة، فإذا توفي المقذوف قبل عفوه عن القاذف فللورثة حق المطالبة بالعقوبة الدنيوية والعفو عنها عند جمهور الفقهاء، ولكن لا أثر لعفوهم فيما يتعلق بالتأثيم في الآخرة. وليس كذلك اقتطاع عضو الميت؛ فإنه فعل فيه إساءة له وقع عليه بعد وفاته، فإن لم يكن الميت قد أذن به في حال حياته عن طريق الوصية لم يكن لأحد بعد وفاته أن يأذن به[1].

المطلب الثالث

موت الدماغ

المراد بموت الدماغ هو تعطل جميع وظائفه تعطلاً نهائياً لا رجعة فيه[2]، ولهذا التعطل علامات[3] تتمثل بما يلي:

١- الإغماء الكامل وعدم الاستجابة لأي مؤثر.

٢- عدم الحركة.

٣- عدم التنفس عند إيقاف المنفسة.

٤- عدم وجود أي من أفعال المنعكسة.

(١) انظر: أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة، د. محمد نعيم ياسين ص١٦٤.

(٢) الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء، د. محمد علي البار، ص٢٧٥.

(٣) المرجع السابق ص٣٣.

ووجه علاقة موت الدماغ بنقل الأعضاء من الموتى من جهة أن الموت بمفهومه السائد -وهو توقف القلب والتروية الدموية والتنفس[1]- لايمنح فرصة واسعة لتنفيذ وصية الميت بتبرعه بأحد أعضائه؛ لأن انقطاع التروية الدموية عن تلك الأعضاء يسبب موتها، وبالتالي لايمكن الاستفادة منها، لذا فإن الأخذ بمفهوم موت الدماغ يتيح فرصة واسعة للاستفادة من أعضاء الموتى، حيث إن التروية الدموية تكون مستمرة، وبالتالي فإن الحاية الخلوية للأعضاء تبقي مستمرة.

والسؤال المشكل هو هل إذا مات الدماغ يعني أن الإنسان قد مات شرعاً؟ لقد بحث فقهاء العصر هذه المسألة كثيراً، إلى أن تم اتخاذ قرار بشأن هذه القضية صدر عن مجمع الفقه الإسلامي في دورة مؤتمره الثالث بعمان عام ١٩٨٦ حيث قرر مايلي:

يعتبر شرعاً أن الشخص قد مات وتترتب جميع الأحكام المقررة شرعاً للوفاة عند ذلك إذا تبينت فيه إحدى العلامتين التاليتين:

١- إذا توقف قلبه وتنفسه توقفاً تاماً، وحكم الأطباء بأن هذا التوقف لارجعة فيه.

٢- إذا تعطلت جميع وظائف دماغه تعطلاً نهائياً، وحكم الأطباء الإختصاصيون بأن هذا التعطل لارجعة فيه وأخذ دماغه في التحلل.

---

(١) المرجع السابق، ص .

وفي هذه الحالة يسوغ رفع أجهزة الإنعاش المركبة على الشخص ، وإن كان بعض الأعضاء كالقلب مثلاً لايزال يعمل آلياً بفعل الأجهزة المركبة، والله أعلم[1] (إ . هـ) .

ومن المفيد في هذا المقام أن نذكر ملخص أبحاث العلماء المعاصرين في موضوع موت الدماغ، ونترك التفاصيل والاستدلال لبحث مستقل بإذن الله .

فالإنسان في تصور المسلمين جسد وروح، وهو لايكتسب وصف الإنسانية إلا باجتماع هذين العنصرين، وهذا يعني أن الجنين يكتسب وصف الإنسانية بعد أربعة أشهر من أصل العلوق؛ لحديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم: "إن أحدكم يجمع خلقه في بطن أمه- الحديث"[2]. ومسكن هذه الروح هو الجسد طوال فترة الحياة المقدرة للإنسان في هذه الحياة الدنيا، ومن الممكن أن تدرك بعض خصائص الروح، وأن معنى كونها من أمر ربي أن الإنسان لايدرك حقيقتها وكنهها، لابمعنى أنه لايمكن أن يصل إلى بعض خصائصها، وبناءً على هذا فأهم وظائفها هي: العلم والإدراك والحس والاختيار، وإن وظيفة الجسد بكل مافيه من أعضاء وأجهزة إنما هو خدمة الروح والإنفعال لتوجيهها .

---

(١) المرجع السابق ص٢٧٥ .

(٢) رواه البخاري .

والجسد الإنساني لايصدر عنه أي نشاط اختياري في هذه الدنيا بغير أمر الروح، والموت معناه مفارقة الروح للجسد، وأنه لايحصل إلا عند صيرورة الجسد عاجزاً عن الانفعال لأمر الروح، فإذا استطاع أهل الاختصاص أن يعرفوا بصورة جازمة الوقت الذي يصبح فيه المخ عاجزاً عن القيام بأي نشاط، بسبب انتهاء حياته الخلوية، ومستعصياً استعصاء كاملاً عن العلاج، لم يكن هناك أي مسوغ لإنكار موت الإنسان في هذه الحالة[1].

وبناءً على هذا فإنه يجوز نقل الأعضاء من الموتى دماغياً، بعد مراعاة التفاصيل الواردة في المطلب الثاني، مادام الأطباء قد أثبتوا الموت يقيناً في هذه الصورة، وأمكنهم الحفاظ على حياة الأعضاء ببعض الوسائل العلمية.

المبحث الرابع

شبه المانعين وردها

بالرغم من أن مسألة التبرع بالأعضاء قد باتت اليوم في حكم المسائل المحسومة باتجاه الجواز، إلا أن هناك من يمنعها وها نحن نورد أهم حججهم مع بيان مافيها.

(١) انظر: بحث الدكتور محمد نعيم ياسين بعنوان تحديد بداية الحياة الإنسانية ونهايتها في ضوء النصوص الشرعية واجتهادات علماء المسلمين ص٩-٤٥، المنشور ضمن كتابه أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة.

الحجة الأولى:

إن التبرع بالأعضاء يتضمن إهانة الآدمي، وهو مكرم محترم حياً وميتاً، قال تعالى ﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾[1]. وقال عليه السلام "كسر عظم الميت ككسره حياً"[2]. والجواب عن هذا: أنا لا نسلم أن التبرع يستلزم إهانة الآدمي؛ لأن الأمور بمقاصدها[3]، والقصد هنا أحياء نفس قد أشرفت على الهلاك ﴿ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً﴾[4]. وقد يتصف الفعل الواحد أو الترك بحكمين مختلفين؛ نظراً لقصد فاعله، فإحداد المرأة على ميت غير زوج فوق ثلاث دائر مع القصد، فإن قصدت ترك الزينة والطيب لأجل الميت حرم عليها ذلك وإلا فلا[5]، وقالوا في باب اللقطة إن أخذها بنية ردها حل له رفعها، وإن أخذها لنفسه كان غاصباً اثماً ضامناً[6]، ومن هنا أجاز جمهور الفقهاء شق بطن امرأة ميتة لإخراج جنين تُرجى حياته، ولم يعتبروا هذا انتهاكاً لحرمة الميت؛ لأن القصد من هذا إنقاذ الجنين لا هتك حرمة الميت والتعدي عليه.

---

(١) الاسراء: ٧٠.

(٢) رواه أحمد وأبو داود.

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص٢٧.

(٤) المائدة: ٣٢.

(٥) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٢٧.

(٦) المرجع السابق.

وبهذا يتبين أن التبرع بالأعضاء ليس فيه اعتداء على الكرامة الآدمية بل صيانه لها.

الحجة الثانية:

أن الإنسان لايملك نفسه وأعضاءه فلا يجوز له التبرع بها، إذ صحة التبرع فرع ثبوت الملك، وهذه المقدمة صحيحة لكنها لاتنتج عدم جواز التبرع؛ لأن قضية التبرع مبنية على إسقاط العبد حقه في العضو، والحق أعم من الملك؛ لأن الحق نوعان؛ حق مجرد عن الملك؛ كحق الشفعة ولذا لايجوز الاعتياض عنه، وحق ممتزج ومقرون مع الملك كحق العبد في دين له على آخر[1].

وإذا تقرر هذا نقول: إن انتفاء الأخص -أعني الملك- لايوجب انتفاع الأعم -أعني الحق-، فإذا انتفت ملكية الإنسان لبدنه وأعضائه لاينتفي حقه فيها، والتبرع بالعضو ليس من قبيل التمليك حتى تشترط له الملكية، بل من قبيل التنازل عن الحق، وهو لايستلزم الملكية، كتنازل المرأة عن حقها في القسم لضرتها.

الحجة الثالثة:

وتتضمن جملة من النصوص الفقهية التي يمنع ظاهرها أي انتفاع بأجزاء الآدمي ومنها:

---

(١) حاشية ابن عابدين ٤/٥١٨.

أ- قول صاحب الاختيار: (وكل إهاب دبغ فقد طهر إلا جلد الآدمي لكرامته فيحرم الانتفاع بشيء من أجزاءه لما فيه من الإهانة، وجلد الخنزير لنجاسة عينه)[1].

ب- وقول الشربيني: (والآدمي يحرم الانتفاع به وبسائر أجزائه لكرامته)[2].

ج- وجاء في الفتاوى الهدنية: (الانتفاع بأجزاء الآدمي لايجوز، قيل للنجاسة وقيل للكرامة وهو الصحيح)[3].

والجواب أن تحريم الانتفاع بأجزاء الآدمي في نظر فقهائنا القدامى رحمهم الله من جهة ما يستلزمه الانتفاع من الإهانة والابتذال، وهذا مسلم في حالة الاختيار دون حالة الضرورة التي تبيح المحظور، والتي بني عليها جواز التبرع بالأعضاء، لأن هؤلاء الفقهاء الذين منعوا الانتفاع بأجزاء الآدمي لكرامته، أجازوا للمضطر أن يأكل من جثة الآدمي، فقد جاء في تحفة المحتاج ما نصه: (وله) أي المعصوم بل عليه (أكل آدمي ميت) محترم إذا لم يجد ميتة غيره ولو مغلظة؛ لأن حرمة الحي أعظم[4].

وبهذا يتبين أن تلك النصوص قد بنيت على غير حالة الضرورة التي لها أحكامها الخاصة.

(١) الاختيار ١/ ١٦.
(٢) مغني المحتاج ١/ ١٩١.
(٣) الفتاوى الهندية ٥/ ٣٥٤.
(٤) تحفة المحتاج ٩/ ٣٩٢.

الخاتمة:

في نهاية البحث يجدر بنا أن نوجز أهم ما انتهينا إليه من نتائج في النقاط التالية :

أولاً جواز التبرع بالأعضاء البشرية من قبل الأحياء، وثم تكييف المسألة فقهياً اعتماداً على نظرية الحق، وبعض القواعد الفقهية .

أما نظرية الحق فقد تتم التوصل إلى مشروعية التبرع وفق التسلسل الآتي :

١- الحق قسمان : حق الله وحق العبد .

٢- يتعلق كل من الحقين ببدن الإنسان .

٣- حق العبد يقبل الإسقاط، وحق الله لايقبله إلا إذا ترتب على إسقاطه مراعاة حق لله أولى بالرعاية من الأول .

وبناءً على هذه النتيجة فإنه يتجه القول بجواز إسقاط حق الله في عضو من أعضاء الإنسان، إذا أسقط العبد حقه الخاص به، وكان هذا الإسقاط سبباً وحيداً لإنقاذ حياة بشرية محترمة شرعاً .

أما القواعد الفقهية فقد تم استثمار القواعد الآتية لتكييف مسألة التبرع :

١- الضرورات تبيح المحظورات .

٢- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف .

٣- قاعدة رفع الحرج المعبر عنها بقول الفقهاء المشقة تجلب التيسير .

حيث تم قياس مسألة التبرع بالأعضاء البشرية على الفروع الفقهية التي تندرج تحت هذه القواعد بعد مراعاة شروطها .

ثانياً : لما كان إسقاط حق الله لازماً للتبرع بالأعضاء، وهو لايجوز إلا في صورة خاصة هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن التبرع منزل منزلة الضرورة، لذا كان لابد له من شروط نجملها بما يلي :

١- أن يكون المتبرع كامل الأهلية .

٢- أن يتعين التبرع بالعضو طريقاً لمعالجة المضطر .

٣- أن تكون عناصر الضرورة متحققة .

٤- أن لايكون العضو المتبرع به مما يخل بحياة المتبرع .

٥- أن لايتعارض التبرع مع مقاصد الشريعة في حفظ الأنساب .

٦- أن يكون المتبرع له معصوم الدم شرعاً .

٧- أن لايعطل العضو المتبرع به وظيفته الأساسية لدى المتبرع، وإن لم يتوقف عليه أصل الحياة .

ثالثاً : جواز التبرع من قبل الأحياء يدل من باب الأولى على جواز الأخذ من الأموات ولابد من ملاحظة مايلي :

١- أن يكون الميت نفسه قد أوصى بأحد أعضائه .

٢- يجوز في حالة الضرورة -وهي أن تتوقف الحياة على عضو الميت المباح

نقله- تجاوز مسألة الوصية بشرط أن لايوجد متبرع من الأحياء.

٣- الأخذ بمبدأ موت الدماغ الذي أقره مجمع البحوث الفقهية، والذي يتيح فرصة مناسبة لتنفيذ وصية الميت بأعضائه.

رابعاً: من خلال مناقشة حجج المانعين للتبرع بالأعضاء، تم التوصل إلى النتائج التالية:

١- إن التبرع بالأعضاء لايتضمن إهانة للآدمي؛ لأن الأمور بمقاصدها.

٢- إن الإنسان وإن لم يملك نفسه وأعضاءه، إلا أنه يجوز له التبرع بهما؛ لأن التبرع من قبيل إسقاط الحق، وهو أعم من الملك.

٣- إن بعض النصوص الفقهية، التي ذكرها فقهاؤنا القدامى، والتي يمنع ظاهرها الانتفاع بأجزاء الآدمي، مبنية على حالة الاختيار، دون حالة الضرورة، التي بني عليها جواز التبرع بالأعضاء.

مراجع البحث

١- أبحاث فقهية في قضايا طبية معاصرة - د. محمد نعيم ياسين- دار النفائس- الأزدن- الطبعة الأولي ١٤١٦هـ-١٩٩٦م.
٢- الاختيار لتعليل المختار - عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي- دار المعرفة- بيروت الطبعة الثالثة ١٣٩٥هـ/ ١٩٧٥م.
٣- الأشباه والنظائر- زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم- دار الكتب العلمية- بيروت- ١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥م.
٤- الأشباه والنظائر- جلال الدين عبدالرحمن السيوطي- دار الكتب العلمية- بيروت- الطبعة الأولى ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣م.
٥- البحر الرائق- زين العابدين بن إبراهيم بن نجيم - دار المعرفة - بيروت- الطبعة الثانية - بدون سنة الطبع.
٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع- علاء الدين الكاساني- دار الكتب العربي - بيروت- الطبعة الثانية ١٣٩٣هـ/ ١٩٧٤م.
٧- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق - فخر الدين الزيلعي- دار المعرفة- بيروت- بدون سنة طبع.
٨- تحفة المحتاج بشرح المنهاج- ابن حجر الهيثمي- دار الفكر- بيروت- بدون طنة طبع.

٩- التلويح على التوضيح- سعد الدين مسعود ابن عمر التفتازاني- دار الكتب العلمية- بيروت- بدون سنة طبع .

١٠- حاشية رد المحتار- محمد أمين الشهير بابن عابدين- مصطفى البابي الحلبي- الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ/ ١٩٦٦م .

١١- درر الحكام شرح مجلة الأحكام - علي حيدر- دار العلم للملايين- بيروت- بدون سنة طبع .

١٢- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية- د. محمد سعيد رمضان البوطي- مؤسسة الرسالة الطبعة الثانية ١٣٩٧هـ/ ١٩٧٧م .

١٣- الفتاوى الهندية- الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند- دار إحياء التراث العربي- بيروت- الطبعة الثالثة- ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م .

١٤- الفروق - شهاب الدين القرفي- عالم الكتب- بيروت بدون سنة طبع .

١٥- الفقه الإسلامي وأدلته- د. وهبة الزحيلي- دار الفكر- دمشق- الطبعة الأولى ١٩٧٧ .

١٦- القواعد الفقهية - علي أحمد الندوي- دار القلم- دمشق- الطبعة الثالثة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م .

١٧- كشف الأسرار - علاء الدين عبدالعزيز بن أحمد البخاري- دار الكتاب العربي- بيروت- ١٣٩٤هـ/ ١٩٧٤م .

١٨- المبسوط- شمس الدين السرخسي- دار المعرفة - بيروت - الطبعة الثالثة -

١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.

١٩- مسألة تحديد النسل- د. محمد سعيد رمضان البوطي- الوكالة العامة للنشر والتوزيع- الطبعة الثانية - بدون سنة طبع .

٢٠- الموسوعة الفقهية- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية- الكويت- الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ/ ١٩٨٦م.

٢١- مغني المحتاج - محمد الخطيب الشربيني- دار الفكر- بيروت- ١٣٩٨هـ/ ١٩٧٨م.

٢٢- الموافقات - أبو اسحق الشاطبي- دار المعرفة - بيروت- بدون سنة طبع .

٢٣- الموقف الفقهي والأخلاقي من قضية زرع الأعضاء- د. محمد علي البار- دار القلم- دمشق والدار الشامية- بيروت- الطبعة الأولى ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م.

٢٤- نظرية الضرورة الشرعية- د. وهبة الزحيلي- مؤسسة الرسالة- الطبعة الثالثة- ١٤٠٢هـ/ ١٩٨٢م.

Human Organs Transplantation From Jurisprudence View

by
Rayan Tawfiq Khalil
Scientists Association Member

The researcher tackles a widely conflicting topic by jurisprudents, a case which opens doors widely for discussions. His research covers the following:

1. The Right and its Divisions.
2. Donation of organs and jurisprudence principles.
3. Transfer of organs from the dead.
4. Opposers allegations and refutation thereof.

He quoted evidences from Holy Quran, Sunnah and jurisprudents explaining jurisprudential principles related to the subject & finally ends up with his conclusions.



دور الضمان في كسب الملكية تبعا

إعداد

محمد سليمان الأحمد *

---

* محاضر في كلية القانون بجامعة الموصل وفي قسم الإدارة القانونية بمعهد نينوى بالجمهورية العراقية.

تمهيد:

يعد الضمان من الموضوعات الأساسية التي تعالجها قواعد القانون المدني والفقه الإسلامي في عمومه، وهو في اللغة يعني التكفل والضمين هو الكفيل، فمن ضمن الشيء وبه، أي: كفل به، ويقال ضمنت الشيء أضمنه ضمناً وضماناً، فأنا: ضامن، وهو: مضمون، والضامن -عموماً- هو الكفيل والملتزم والغارم[1] .

أما الضمان في مصطلح فقهاء الشريعة الإسلامية، فهو يعني معان عديدة، منها الكفالة، وهذا هو معنى الضمان في أخص اطلاقاته[2] . في حين أن بعض الفقهاء يذهب إلى أن الضمان عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته[3]، وهذا ماذهبت إليه -أيضاً- مجلة الأحكام العدلية[4]، وقد عرفه بعض الفقهاء المحدثين بما يوجب قيام إحدى المسؤوليتين المدنية والجنائية[5] . وربما يكون الأنسب للضمان تعريفه بما ذهب إليه بعض الفقه[6]، بأنه: "شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل والمراد ثبوته

(١) ابن منظور، لسان العرب، ج١٧، الدار المصرية، ص١٢٥ . الرازي، مختار الصحاح، دار الرسالة، الكويت، ١٩٨٣، ص٣٨٥.

(٢) د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دار الثقافة، القاهرة، ١٩٩، ص٥٧.

(٣) نقلاً عن: د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢، ص١٥.

(٤) نصت المادة (٤١٦) من مجلة الأحكام العدلية على أنه: "الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات".

(٥) د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص١٥.

(٦) الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، القسم الأول، من منشورات معهد البحوث والدراسات العربية، ١٩٧١، ص٥.

فيها مطلوباً أداؤه شرعاً عند تحقق شرط الأداء" .

أما في القانون ، فلا يوجد في القوانين -على حد علمنا- تعريف للضمان، عدا النص الذي ذكرناه في هامش الصحيفة السابقة وهو من مجلة الأحكام العدلية، وبالمقابل فإننا كذلك لم نجد من بين فقهاء القانون من أعطى للضمان تعريفاً يدل على معناه ضمن نطاق المعاملات القانونية، رغم أن هذه الكلمة مستخدمة بكثرة في كتبهم وكذلك في متون بعض القوانين، لاسيما تلك التي اقتبست معظم أحكامها من الشرع الإسلامي، كالقانون المدني العراقي والأردني والكويتي وما إلى ذلك[1] .

وللضمان أدوار عديدة في مجال القانون المدني، بمعناه الخاص والعام، فمبعناه الخاص، أفرد القانون المدني العراقي باباً كاملاً للكفالة كعقد من العقود المسماة[2] ، وبمعناه العام، نجد أن للضمان دوراً في كل من الوقائع القانونية، كالضمان في الغصب والاتلاف[3]، والتصرفات القانونية، كالضمان في العقد بصورة عامة، والضمان في بعض العقود كضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق والضمان في المقاولات وغير ذلك[4]، هذا مايخص الحقوق الشخصية (الالتزامات). أما في الحقوق العينية وبالأخص (حق الملكية)، فإن للضمان دوراً

(١) راجع مثلاً: المواد (١٦٨-١٧٦) مدني عراقي.

(٢) راجع المواد : (١٠٠٨-١٠٤٧) مدني عراقي.

(٣) راجع المواد: (١٨٦-٢٠١, ٢٢٦) مدني عراقي.

(٤) راجع المواد: (١٣٤, ٥٤٩-٥٧٠, ٧٨٠) مدني عراقي.

فيها لايقل عن دوره في مجال الحقوق الشخصية، رغم أن البعض قد أخفوا أو أعدموا له هذا الدور. ففي الوقت الذي لم ينص القانون المدني العراقي صراحة على اعتبار الضمان سبباً مكتسباً للملكية، قضت بعض مواده بوجوب كسب ملكية المال المضمون للضامن بالضمان، فمثلاً، نصت المادة (١٩٤) مدني عراقي في فقرتها الثانية على أنه: "أما إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً ويبقى المال المغصوب له، فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضماناً للحنطة وبقي المحصول له". فبأي سبب يكسب الغاصب ملكية المغصوب؟ لاشك أنه الضمان، ذلك لأن اللام في الفقرة أعلاه تدل على الملكية والاختصاص.

ويبدو أن الاتجاه الذي سلكه المشرع العراقي هو اتجاه مجلة الأحكام العدلية، فهذه المجلة لم تعترف صراحة بقاعدة (كسب الملكية بالضمان)، رغم أن مسكلها حنفي، إذ أن القاعدة حنفية المنشأ، لكنها أقرتها ضمناً في مواد متفرقة، منها المادة (٨٩٩) التي نقلها المشرع العراقي في الفقرة المذكورةأعلاه.

إن المشرع العراقي عندما اختار لنفسه سلوك مسلك المذهب الحنفي، كان عليه أن يعترف بهذه القاعدة صراحة، ويلاحظ أن هذا الأمر هو الذي دفع المشرع الأردني إلى الاعتراف بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) في المادة (١٠٨٥) مدني، وموقف المشرع الأردني هو الأولى بالاتباع، رغم أن بعض شراح القانون الأردني قد انتقدوا موقفه هذا على اعتبار أنه أقر قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز)، في حين أن هذا

القانون لم يأخذ بهذه القاعدة على إطلاقها بل قيدها بقيود سيلي بيانها في صلب البحث.

وإذا كنا قد أقررنا قاعدة (كسب الملكية بالضمان)، فإن هذه القاعدة يجب أن لايؤخذ بها على إطلاقها، الأمر الي سيؤدي إلى اضطراب المعاملات، عندما يحاول الأفراد الاستفادة من هذه القاعدة، ليقوموا بأعمال تعد أصلاً غير مشروعة للوصول إلى غاياتهم، فضلاً عن أنه لايجوز تأسيس أمر مشروع (كالملكية) على أمر غير مشروع (كالغصب وإتلاف مال الغير بدون حق).

وإزاء هذا التعارض بين الاتجاهين، لابد من قيام اتجاه وسط تدعمه، نصوص تشريعية من جهة وواقع التطبيق من جهة أخرى ومنطق القانون من جهة ثالثة، لذا فقد آليت على نفسي أن أقوم بمناقشة هذا الموضوع المهم في هذا البحث المتواضع، والذي سأوزع الدراسة فيه على أربعة مباحث هي:

المبحث الأول: وتناول فيه مناقشة آراء الفقهاء حول مدى إمكان اعتبار الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية.

المبحث الثاني: ونتناول فيه قواعد كسب الملكية بالضمان الفقهية والقانونية.

المبحث الثالث: ونتناول فيه شروط كسب الملكية بالضمان.

المبحث الرابع: ونعالج فيه موقع الضمان من بين أسباب كسب الملكية.

وسننهي البحث بمشيئة الله تعالى بخاتمة نوضح فيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

الاختلاف الفقهي في كسب الملكية بالضمان

لا اختـلاف بين الفـقـهـاء في اسناد ملكيـة المال المضـمـون لمالكه أثناء حـيـازة الضامن، شريطة استجماع المعاني الآتية[1] :

١- امكان رد المال لمالكه دون ضرر يلحق بالضامن أو غيره.

٢- عدم اختلاط المضمون بغيره.

٣- سلامة المضمون من التعيب الفاحش الذي يجعله على غير ما كان عليه في وصفه أو أصله أو المنفعة المقصودة منه.

والخلاف بين الفـقـهـاء في ملكيـة المال المضـمـون يظهـر إذا اختل فـيـه أحـد هذه المعاني[2].

أولاً: رأي الجمهور:

ذهب الشـافـعـيـة والحنابلة والإمـامـيـة والظاهرية إلى عـدم إمكان تملك الضـامن للمضـمون، سواء غيره أو غيبه عن مالكه وسواء دفع قيمته للمضمون له أو لم يفعل ذلك، فإذا ظهر المال المضمون بيده سالماً أو ناقصاً أو متغيراً، كان لمالكه أخذه بزيادته

(١) د. محمد أحمد سراج، مرجع سبق ذكره، ص٣٠٢.

(٢) يلاحظ أن الاختلاف حول مدى إمكان تملك المضمون بالضمان، قد نظم في كتب الفقه الإسلامي في الباب الخاص بالغصب.

وارش نقصه.

أ- حيث ذهب الشافعية[1]، إلى أن الغاصب لايملك المال المغصوب، فإن ظهر بعد تغيبه، وجب رده إلى مالكه، فإن رده وجب على المغصوب منه رد البدل(أي قيمة الضمان) لأنه ملكه بالحيلولة بينه وبين ماله، أما وقد زالت الحيلولة فقد وجب الرد، كذلك لو غيره الغاصب أو تغير في يده لايملكه أيضاً.

ب- وذهب الحنابلة[2] إلى أنه، لو غصب ثوباً فقصره أو غزلاً فنسجه أو فضه أو حديداً فضربه أو ما إلى ذلك، رد ذلك بزيادة وارش نقصه ولاشيء له لأن غير مال المغصوب فإنه ملزم ردها إليه، ومن غصب شيئاً يعجز عن رده كدابة شردت، فاللمغصوب منه المطالبة ببدله، فإذا أخذه ملكه ولايملك الغاصب العين المغصوبة، بل متى قدر عليها لزمه ردها ويسترد قيمتها التي أداها.

ج- وذهب أهل الظاهر[3] إلى أنه من غصب شيئاً كان عليه رده، وأن يرد مثل مانقص من صفاته ولايجوز أن يعطي المال المغصوب إلى الغاصب.

(١) الشيرازي، المهذب، ج١، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٤٣هـ، ص٣٦٨-٣٧٢.

(٢) ابن النجار الحنبلي، منتهى الإرادات، ج١، مكتبة دار العروبة، القاهرة، ص٥١٢.

(٣) ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٨، دار الفكر، ص١٦٥.

وكذلك هو مذهب الشيعة الإمامية[1].

وقد نقل البعض[2] عن الجمهور رأيهم في أن المغصوب لايملك بالضمان إلا بأداء قيمته أو الإبراء منه أو بتعذر رد العين المغصوبة أو للضرورة. ويتخرج على ملكية المغصوب للضرورة أن يغصب خيطاً فيخيط به جرح حيوان ويخاف من قلعه لرده الاضرار بهذا الحيوان، فإنه يملك الخيط ويؤدي قيمته، ولا يلزمه القلع، فإن حالة الضرورة ترتفع، ويتعين على الغاصب ذبح الحيوان ورد الخيط المغصوب ولا عبرة لتضرره لتعديه[3]. ويملك الغاصب المغصوب إذا تعذر رده بحالته، كما لو صار الرطب تمراً والعنب عصيراً، لتبدل العين فوجبت قيمتها وانتقلت إلى الغاصب ملكاً مراعى، بمعنى أنه لايجوز للغاصب التصرف فيه قبل أداء الضمان لمستحقه[4]. ومن ذلك اختلاط المغصوب بغيره على نحو يتعذر التمييز بينهما فيملكه الغاصب ملكاً مقيداً إلى حين أداء الضمان، ولذا لو أفلس الغاصب كان المالك أحق بنصيبه في المغصوب من سائر الغرماء[5].

---

(١) انظر: رسالة الماجستير للسيد يوسف محسن محمد علي في الضمان الناشيء عن العمل غير المشروع، مقدمة إلى كلية الآداب، بجامعة بغداد، ١٩٧٢، مطبوعة، ص١١١.

(٢) د. محمد أحمد سراج، مرجع سبق ذكره، ص٣٠٦.

(٣) المرجع السابق، ص٣٠٧.

(٤) الرملي (الشافعي الصغير)، نهاية المحتاج، ج٥، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٣٥٧هـ، ص١٧٣.

(٥) المرجع السابق، ص٣٠٧.

وفيما عدا ذلك لا ينشأ للغاصب ملك في المغصوب ويجبر على إعادة العين لصاحبها إن أمكن ذلك، فمن غصب شيئاً وغير فيه حتى تبدل الاسم والمنفعة المقصودة لم يملكه بذلك ولا يجبر صاحبه على المعاوضة فيه[1].

واستدل الجمهور على مذهبهم هذا[2]:

١- بأن المغصوب لا يصح تملكه بالبيع، فلا يصح تملكه بالتضمين.

٢- بأن تملك المغصوب منه للبدل وعدم تملك الغاصب للمغصوب ليس بين جمع البدل والمبدل، بدليل أن المغصوب منه ملك القيمة للحيلولة لا على سبيل العوض، ولهذا إذا رد المغصوب إليه رد القيمة إلى الغاصب.

٣- بالحديث عن النبي (صلى الله عليه وسلم) قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» وقوله صلوات ربي وسلامه عليه: «المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه»، وما طابت نفس صاحب المال بتغييره أو تغييبه، فوجب أن لا يحل ولا يملكه الغاصب.

ثانياً: رأي المالكية:

ذهب المالكية إلى أنه إذا حصل مفوت للشيء المغصوب باستهلاكه أو إتلافه انتقل إلى ملك الغاصب ووجب عليه مثله أو قيمته[3]، ومعنى ذلك أن المالكية يقرون

(١) د. محمد أحمد سراج، مرجع سبق ذكره، ص٣٠٧.

(٢) رسالة السيد يوسف محسن محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص١١٢.

(٣) ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج٢، دار الفكر، ص٢٣٩.

انتقال ملكية المغصوب للغاصب إذا حكم عليه بغرامة المثل أو القيمة ولو لم يرد الواجب عليه بالفعل إلى المالك[1]، وبموجب مذهب المالكية فإنه إذا غصب شخص خيطاً وخاط به جرح حيوان أو إنسان وجب عليه المثل أو القيمة وانتقل إليه ملك المغصوب[2].

ثالثاً: رأي الأحناف:

يذهب الإمام أبو حنيفة[3] إلى أنه إذا غصب شخص من آخر شيئاً وغيره تغييراً بسيطاً بأن كان فضة أو ذهباً فضربه دراهم أو دنانير أو آنية، فإن الملك باق لمالكه لم يزل عنه وله الحق في استرداده متى شاء ولاشيء للغاصب لأن العين باقية من كل وجه والصفة فيها غير متقومة لأنه لاقيمة لها عند المقابلة بجنسها، وقال أبو يوسف ومحمد[4]: إن الغاصب يملك العين وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة فصير حق المالك هالكاً من وجه. أما إذا كان المغصوب شيئاً آخر فغيره حتى زال اسمه أو أعظم صفاته، كأن يكون حنطة فيطحنها دقيقاً أو شاة فيذبحها ويشويها، أو إذا غصبه ولم يعيره وإنما عيبه عن مالكه حتى طالبه هذا بالضمان، فإن كلاً من أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف متفقون على أن الغاصب يملك المال المغصوب بالضمان[5].

---

(١) د. محمد أحمد سراج، مرجع سبق ذكره، ص٣٠٦.

(٢) ابن رشد، مرجع سابق ذكره، ص ٢٣٩. د. محمد أحمدسراج، مجع سبق ذكره، ص٣٠٦.

(٣) الرشداني المرغيناني، الهداية شرح بداية المبتدىء، ج٤، مطبعة صبيح بمصر، ص١١-١٢.

(٤) الرشداني، الهداية، ص١٣.

(٥) المرجع السابق، ص١٣-١٤.

كمـا أنهم لـم يخـتلفـوا في وقت ثبـوت الملكيـة للغـاصب، وهو عندهم وقت للغصب (أي وقت السبب المفضي للضمان) لأنه وقت تملك المغصوب منه للضمان، وذلك ليكون تملك الغـاصب والمغـصـوب منه للمـضمـون والضـامن في آن واحـد، لكنهم اختلفوا في[1]:

أ- صفة الملك الثابت للغاصب في المغصوب قبل أداء الضمان: حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى التفريق بين تصرفات الغاصب ببيع المغصوب أو هبته أو التصـديق به وقـالا بنفـاذها، وبين أن ينتفع الغـاصب بالمغـصـوب بأن يأكله بنفـسه أو يطعمـه غيره فقـال: بأنه لايحل له ذلك حتى يرضي صاحبه لأن الانتـفاع بالحلال الطيب لايكون إلا بأملك المطلق، وهذا الملك فيـه شـبهـة العـدم، لأنه حـصل بسـبب مـحظور أو بالأحـرى وقع مـحظوراً ابتـداءً فـلا يخلو من خبث، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، أن إباحة الانتفاع قبل الارضاء يؤدي إلى تسليط السفهاء على آكل أموال الناس بالباطل وفتح باب الظلم على الظلمة وهذا لايجوز، وقال أبو يوسف: يحل له الانتفاع قبل أن يرضي صـاحبه لأن المغـصـوب مضـمـون فهـو مملوك للغـاصب من وقت الغـصب فـلا مـعنى للامتناع عن الانتـفـاع، وتوقـيف الحل على رضـا المالك الأول، توقيف على رضا غير المالك الفعلي[2].

(١) يوسف محسن محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص١٠٨.

(٢) الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧، مطبعة الجمالية، القاهرة، ص١٥٣، السرخسي، المبسوط ج١١، مطبعة السعادة، القاهرة، ١٣٢٤هـ، ص٦٨

ب- شروط ثبوت الملك في المغصوب، فهو عند أبو حنيفة : اختيار الضمان من قبل المغصوب منه، إذ قبل ذلك لايكون المغصوب ملكاً للغاصب، بل في حكم ملكه فقط، وقال أبو يوسف ومحمد : إن اختيار المغصوب منه ليس شرطاً وأن ملكية الغاصب تثبت قبل الاختيار بمجرد وقوع الغصب، إذ في ذلك الحين يملك المغصوب منه الضمان ويملك الغاصب المال المضمون[1] .

واستدلوا على تملك الغاصب للمغضوب، وبالتالي تملك الضامن للمضمون بالضمان بما يأتي[2] :

١- إن الضمان بدل العين، وإنما يقضى به جبراناً لها، والجبران يستدعي الفوات- أي فوات العين المغصوبة من يد المالك- لأن الجبر إنما يكون للغائب وليس للقائم، فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين انعدام ملك المالك في عين ماله ليكون الضمان جبراناً لما هو فائت.

٢- أن الغاصب يزول ملكه عن مثل المغصوب أو قيمته بمجرد وقوع الغصب، فلو لم نقل بزوال ملك المغصوب منه عن المغصوب لم يكن الاعتداء قد وقع بالمثل -الاعتداء الذي سوغه الشارع بأنه ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا

(١) الكاساني، مرجع سبق ذكره، ص١٥٢ . الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥، المطبعة الأميرية، بولاق، ١٣١٥هـ، ص٢٢٩.

(٢) يوسف محسن محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص١٠٩.

عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾[1]- فلزم من ذلك زوال ملك المغصوب منه عن المغصوب وانتقال ملكيته إلى الغاصب.

٣- إننا إذا قلنا أن المغصوب منه يملك الضمان لأنه بدل ماله المغصوب، ولم نقل بزوال ملكيته عن المضمون، لزم اجتماع البدل والمبدل منه في يده وهو غير حائز، فلزم انتقال ملكية المضمون إلى الغاصب وهو المطلوب[2].

وقد وازن بعض الفقه[3] بين ماذهب إليه الجمهور ومذهب المالكية والأحناف في الأمور التالية:

أ- الضامن لايملك المال المضمون بالضمان عند الجمهور، إلا في تلك الاستثناءات التي تبلغ مبلغ الضرورة، خلافاً للأحناف الذي أسندوا الملك للغاصب في مقابل الضمان خشية اجتماع البدل والمبدل في ملك المغصوب منه، والمالكية أقرب إلى مذهب الأحناف في ذلك.

ب- اسناد ملكية الغاصب للمغصوب إلى وقت الغصب عند الأحناف وإلى وقت حدوث المانع من الرد عند الجمهور، ويترتب على الخلاف في ذلك اختلافهم في حل الاكساب والمنافع المتولدة من المغصوب.

---

(١) البقرة/ ١٩٤.

(٢) الرشداني، الهداية، مرجع سبق ذكره، ص١١-١٤. الكاساني، مرجع سبق ذكره، ص١٥٣. السرخسي، مرجع سبق ذكره، ص٦٧. الزيلعي، مرجع سبق ذكره، ص٢٢٨-٢٣١.

(٣) د. محمد أحمد سراج، مرجع سبق ذكره، ص٣٠٨.

ج- الضمان عند الجمهور في مقابلة فوات اليد المحقة، ولا ينتقل الملك بوجوبه لأن هذا الفوات لايصلح أن يكون سبباً شرعياً لهذا النقل، أما عند الأحناف، فإن سبب الضمان فيما يبدو وهو تعذر رد العين المغصوبة.

الراجح والمرجوح بين الآراء السابقة:

لقد اختلف الفقهاء المسلمون المحدثون وبعض فقه القانون المدني في ترجيح أحد الآراء السابقة، فمنهم من ذهب إلى ترجيح قول الجمهور، ومنهم من تحفظ في إبداء رأيه، ومنهم من أيد رأي الأحناف عند غياب القاعدة القانونية المشهورة (الحيازة في المنقول سند الحائز)، وفيما يلي تثبيت هذه الآراء لفائدتها في البحث:

فقد ذهب بعض الفقهاء[1] إلى ترجيح رأي الجمهور على أساس ما يأتي:

١- لقد أجمع الفقهاء المسلمون على أنه يجب على الغاصب رد العين، فظهور العين مرة ثانية بعد تغيبها دليل على أنها لازالت قائمة وأن الحق لم ينتقل إلى التعويض، فيكون للمالك مطلق الحق في استردادها وإرجاع القيمة.

٢- أنه إذا كان استعمال المغصوب أو تغيير ه يؤدي إلى تملكه، فإن ذلك سيؤدي إلى تفشي الظلم وأكل أموال الناس، فإذا بنى شخص لنفسه بيت وقد بذل جهداً كبيراً في الحصول على الحديد اللازم للبناء بعد أن كان قد قدم طلباً

(١) د. محمد أحمد سراج، المرجع السابق، ص٣٠٨. يوسف محسن محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص١١٣. عبدالجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، مؤسسة الأعلمي (بيروت)، ١٩٧٥، ص١٧٠.

للمؤسسة العامة مرفقاً بالإجازة والخارطة، حتى حصل على كفايته من ذلك فجاء جاره وأخذ هذا الحديد وأدخله في بنائه ثم قال له، إنه أصبح ملكي بحكم الشرع وأنه ليس لك إلا قيمته، كذلك لو كان قد حصل على قطعة قماش نادرة قل مثيلها وأراد أن يصنع لنفسه ثوباً فقطعها وخاطها ثوباً لنفسه ثم قال للأول ليس لك إلا قيمتها، أفلا يكون هذا ظلماً؟ (هكذا يتساءل صاحب الرأي).

وذهب بعض الفقه[1]، إلى تخيير المالك بين رد العين المغصوبة بما فيها من عيب أو تغيير والزام الغاصب بضمان نقصها، أو تركها للغاصب مع مطالبته بالضمان، ومن أجل ذلك وجب أن يكون الغاصب مالكاً للعين المغصوبة بضمانها ولكن لايتصرف فيها إلا بعد أداء ضمانها فعلاً إلى مالكها.

وقد ذهب أحد الفقهاء القانونيين[2] إلى ترجيح رأي الجمهور وذلك لأن:

أ- القول باعتبار الغاصب مالكاً للمال المغصوب يجافي مبدأ احترام قواعد الملكية، وهذا ماتنبه إليه الشافعية ومن وافقهم، حين قالوا أن الغصب

---

(١) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سبق ذكره، ص١٤٠(وهذا الرأي يجمع بين رأي الجمهور ورأي الحنفية والمالكية، وهو رأي قال به قبل الخفيف (مجد الدين أبي البركات) كتابه المحرر في الفقه نقلاً عن عبدالجبار شرارة، مرجع سبق ذكره، ص١٦٣.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية الأصلية، ج٢، مكتبة دار الثقافة، عمان، ١٩٩٥، ط١، ص٢٩.

عدوان محض فلا يصلح سبباً للمالك.

ب- حق صاحب المال المغصوب يظل على ماله، على الرغم من انتقال هذا المال إلى الغاصب، عملاً بقاعدة استصحاب الحال، وإذا ما تعذرت إعادة الشيء إلى ما كان عليه، فإن مالكه في هذه الحال يملك مطالبة المسؤول بالضمان وهو شخصي يرد على ذمة الأخير.

أما مسلك القوانين المدنية العربية تجاه الآراء الفقهية السابقة، فهو مختلف من قانون لآخر، نتناول بعض مواقف القوانين العربية:

١- فكل من القانونين اللبناني والمصري، لم يقر قاعدة كسب الملكية بالضمان بل أنهما لايعرفان أصلاً هذه المبادىء التي اختلف فيها فقهاء الشريعة الإسلامية، والسبب يرجع إلى أن هذين القانونين استقيا أحكامهما من الفقه الغربي الذي لايعرف القاعدة محل البحث، فهي قاعدة فقهية إسلامية بحتة، بل إن كلاً من القانونين المصري واللبناني لم ينص على تطبيقات العمل غير المشروع (الاتلاف والغصب) إذ أن هذه التطبيقات منصوص عليها في القوانين التي تأثرت بمبادىء الفقه الإسلامي وليس كل من القانونين المصري واللبناني من بين هذه القوانين[1].

(١) وقد سار على نهج هذين القانونين كل من القوانين المدنية في سوريا وليبيا.

٢- بالنسبة للقانون المدني العراقي، فإنه رغم عدم نصه على قاعدة كسب الملكية بالضمان بصورة صريحة ومباشرة، فقد نص في بعض مواده بصورة غير مباشرة على وجوب تملك الضامن للمال المضمون بالضمان، ولاسيما في ذلك النصوص الخاصة بالغصب[١]، وقد أعطى القانون الحرية للمالك في بعض مواده الخاصة بالغصب، في ترك المغصوب للغاصب أو استرداده[٢].

وقد سلك هذا المسلك القانون السوداني[٣].

٣- أما بالنسبة للقانون المدني الأردني، فقد نص صراحة على قاعدة كسب الملكية بالضمان في المادة (١٠٨٥) التي نصت على أنه "المضمونات تملك بالضمان ملكاً مستنداً إلى وقت سببه وبشرط أن يكون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً"، وهذا يدل بصورة جلية على تبني المشرع الأردني لمذهب الأحناف ولقاعدتهم المعروفة: "الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه"[٤].

وقد انتهج منهج المشرع الأردني، القانون المدني الإماراتي في المادة (١٢١٨) منه، ومشروع قانون المعاملات المالية العربية الموحد في المادة

(١) المادة (١٩٤) الفقرة (٢).

(٢) راجع مثلاً المادة (١٩٤) فقرة (١، ٣).

(٣) نقلاً عن د. سوار، مرجع سبق ذكره، ص٢٧.

(٤) راجع في شرح هذه القاعدة: د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص٢١٩.

(١٠٣٧) منه[١].

٤- أما القانون اليمني الجديد لعام ١٩٩٢، فقد نبذ صراحة فكرة الأخذ بفكرة الضمان في كسب الملكية، فقد نص في المادة (١١٥٦) منه على أنه "لايجوز عوض العين المغصوبة عنها، إن كانت باقية، ويعد قبول المالك للعوض عنها بيعاً منه لها يخضع لأحكام البيع". أي أن هذه المادة لم تجز الضمان فيما لو كانت العين المغصوبة باقية على حالها، إذ يجبر المالك على استردادها، أما إذا لم تكن باقية على حالها بل شابها التغيير، فإن للمالك تركها للغاصب وأخذ العوض عنها، وكأنه في هذه الحالة قد تم الإيجاب والقبول بينه وبين الغاصب وانعقد بارتباطهما عقد البيع، الذي يضاف كصورة جديدة إلى صور عقد البيع في القانون اليمني.

ومن الجدير بالذكر أن البعض[٢]، انتقد موقف القانون المدني الأردني في أخذه بقاعدة كسب الملكية بالضمان، على أساس أن هذا القانون قد تبنى قاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) الفرنسية المنشأ، وذلك لما تحققه هذه القاعدة من دور فعال على غرار قاعدة الضمان في حماية الغير. ويمضي صاحب هذا الرأي قائلاً مع ذلك: (ولئن كان القانون المدني الأردني، ليس بحاجة إلى اعتبار التضمين سبباً للتملك لسبب اعتداده بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الحائز) إلا أن فكرة التضمين

(١) نقلاً عن: أ.د. سوار، المرجع السابق، ٣١.

(٢) د. سوار، المرجع السابق، ص٣١.

تلك تظل فكرة رائعة في الصناعة الفقهية في المذهب الحنفي، لتدل كيف تعمد هذه الصناعة بطريقتها الخاصة إلى جعل الغير الذي تصرف له الغاصب، آمناً أن تسترد العين من يده وفي هذا حماية كبيرة للغير). ومع اتفاقنا مع هذا القول فحسب، فإننا لانتفق مع صاحبه في أن قاعدة الحيازة تغني عن الأخذ بقاعدة الضمان، إذ أن القانون الأردني شأنه شأن القانون العراقي، لم يعد الحيازة في ذاتها سبباً لكسب الملكية، حيث نصت المادة (١١٨٩) مدني أردني على أنه (١- لاتسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نيه ٢- وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية مالم يثبت غير ذلك) وهذا النص مأخوذ من نص المادة (١١٦٣) مدني عراقي مع بعض التحوير[١]. إذن فالنص الخاص بالحيازة في المنقول يجعل منها قرينة على الملكية وهي قرينة قابلة لإثبات العكس، كما أن القانون الأردني كأصله العراقي، يجعل دور الحيازة مقتصراً على منع سماع دعوى الملك من الغير على الحائز. ولو أننا قرأنا النص المصري الخاص بالحيازة في المنقول لتوضح لنا أن هذا القانون بعد الحيازة في ذاتها سبباً مكتسباً للملكية، حيث نصت المادة (٩٧٦) مدني مصري على أنه: "١- من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكاً له إذا كان حسن النية وقت حيازته. ٢- فإذا كان حسن النية والسبب الصحيح قد توفر

(١) نصت المادة (١١٦٣) مدني عراق على أنه: "من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد".

لدى الحائز في اعتباره الشيء خالياً من التكاليف والقيود العينية فإنه لكسب الملكية خالصة منها . ٣- الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية مالم يقم الدليل على عكس ذلك " .

والمعلوم أن القانون المصري يعد مصدراً أساسياً للقانون العراقي، ومن بعده القانون الأردني، حيث أن كل من هذين القانونين قد تقلل منه أحكاماً كثيرة، فلماذا لم ينقلا منه نصه الخاص بالحيازة؟ أفلا يعد هذا دليلاً واضحاً على أنهما لايوافقان المشرع المصري في منهجه الخاص بكسب الملكية بالحيازة، بل أنهما اعتدا بإبراز الجانب السلبي لقاعدة الحيازة في المنقول، وهو منع الغير من الادعاء بملكية المال المحوز في حين أن القانون المدني المصري قد أقر صراحة أن الحائز للمنقول بحسن النية وبسبب صحيح يعد مالكاً لما يحوزه .

ومع كل ماتقدم، فإنه لو افترضنا جدلاً أن الحائز يعد مالكاً لما يحوزه في القانون الأردني، فإن القاعدة التي تحكم هذا الأمر تضع له عدة شروط :[1]

١- إذ يجب أن تكون الحيازة قانونية، بأن يتوافر فيها عنصراها المادي والمعنوي .

٢- أن تكون الحيازة واردة على منقول .

٣- أن تكون الحيازة بحسن نية .

٤- أن تكون الحيازة مستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح .

---

(١) للمزيد من التفاصيل راجع : محمد عبداللطيف، الحيازة آثارها، الاسكندرية، ١٩٥١، ص٣١٥ ومابعدها .

في حين أن هذه الشروط لاتلزمها قاعدة (كسب الملكية بالضمان)، فحتى يتملك الضامن المال المضمون بالضمان، لايشترط أن يكون حائزاً حيازة قانونية حقيقة للمال المضمون، كما لايشترط أن يكون المال المضمون منقولاً، بل من الممكن أن يكون عقاراً. وغالباً يكون سبب الضمان عمل غير مشروع مما يعني انتفاء عنصر حسن النية والسبب الصحيح، بل إنه إذا كان المشرع المصري قد عرف السبب الصحيح في الفقرة (٣) من المادة (٩٦٩) من القانون المدني بأنه " سند يصدر من شخص لايكون مالكاً للشيء أو ضامناً للحق الذي يراد كسبه بالتقادم، ويجب أن يكون مسجلاً طبقاً للقانون" فإن القانون المدني الأردني كأصله كالقانون المدني العراقي، حدد مفهوم السبب الصحيح بوسائل ذكرها على سبيل الحصر، حيث نصت الفقرة (٢) من المادة (١١٨٢) مدني أردني على أن السبب الصحيح "هو سند أو حادث يثبت ملكية العقار بإحدى الوسائل الآتية: "أ- الاستيلاء على أراضي الموات. ب- انتقال الملك بالارث أو الوصية. ج- الهبة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض. د- الفراغ أو البيع الرسمي أو العادي". وهذا النص يقابل نص الفقرة (٣) من المادة (١١٥٨) مدني عراقي، وتقاس عليه السبب الصحيح في حيازة المنقول لعدم وجود نص يعالج مفهومه. وبتحديد وسائل السبب الصحيح حصراً، يكون مجال تطبيقه قاعدة الحيازة في المنقول ضيقاً في ظل القانونين المدني الأردني والمدني العراقي، بعكس القانون المدني المصري. عليه فإن الأخذ بقاعدة (كسب الملكية بالضمان) في القانونين الأردني والعراقي، أمر يوجبه المنطق ويؤكده الواقع، بيد أن

هذا الأخذ يجب ألا يعمل به على إطلاقه، للمحاذير الكثيرة التي تختلج تطبيق القاعدة المذكورة والتي أظهر مضامينها القاعدة من الجمهور والفقهاء المحدثين، لذا فإن تطبيق قاعدة الضمان مقيدة بشروط نتناولها في المبحث الثالث من البحث، وبعد أن نوضح أهم القواعد التي يؤسس عليها كسب الملكية بالضمان، وذلك في المبحث القادم.

المبحث الثالث

القواعد التي يؤسس عليها كسب الملكية بالضمان

هناك العديد من القواعد الفقهية الإسلامية والقواعد القانونية التي تستند عليها قاعدة الضمان كسبب لكسب الملكية، والتي ممكن أن تحكم دور الضمان هذا، وعليه فإننا سنقسم هذا البحث إلى مطلبين، نعالج في الأول القواعد الفقهية وفي الثاني القواعد القانونية:

المطلب الأول

القواعد الفقهية في كسب الملكية بالضمان

إن قواعد الضمان الفقهية كثيرة لايمكن بحثها وشرحها كلها في هذا المطلب، لذا فإننا سنقتصر على بحث تلك القواعد التي تفيدنا في موضوعنا هذا وهو كسب الملكية بالضمان:

القاعدة الأولى: على اليد ما أخذت حتى تؤديه:

أصل هذه القاعدة حديث نبوي روي عن رسول الله (صلى الله عليه وسلم)[1]، ومعناها أنه يجب على قابض ملك الغير سواء أكانت يده عليه يد أمانه أو يد ضمان أن يرده إلي صاحبه ولايبرأ من الضمان إلا بوصول الشيء إلى مالكه أو من يقوم مقامه. ويؤيد معنى هذا الحديث قوله تعالى: ﴿ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل﴾[2] وقوله سبحانه: ﴿إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها﴾[3]، وأحاديث كثيرة عن النبي عليه أفضل الصلاة والسلام[4]. وتشكل هذه القاعدة الأساس العام في الضمان، وهذا ماجلعنا نبدأ بشرحها قبل غيرها.

القاعدة الثانية: لايجوز لأحد أخذ مال أحد بلا سبب شرعي:

أي ليس لأحد أن يأخذ مال غيره بسبب غير مشروع، كالغصب والسرقة، لأن مبدأ الشريعة الإسلامية العام هو احترام حقوق الناس المالية، ومثال ذلك من دفع

(١) رواه أحمد في سنده وأصحاب السنن الأربعة والحاكم في مستدركه وصححه وقرر الترمذي حسنه من حديث سمرة بن جندب، وهو أساس عام في وجوب رد ما قبضه المرء من أملاك الغير (نقلاً عن د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص٢٢٥).

(٢) سورة البقرة/ الآية (١٨٨).

(٣) سورة النساء/ الآية (٥٨).

(٤) راجع: جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر، مطبعة جامعة الموصل، ١٩٨٤، ص٢٠١. كذلك: د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص٢٢٦. وكذلك: عبدالجبار حمد شراره، مرجع سبق ذكره، ص١٢٠. وكذلك السيد سابق، فقه السنة، ج٩، المطبعة النموذجية، القاهرة، ١٩٦٤، ص١، ٣١١.

شيئاً لآخر ظاناً أنه دين واجب عليه ثم تبين خلافه فله استرداده[1].

القاعدة الثالثة: الجواز الشرعي ينافي الضمان:

أي أنه إذا كان فعل الشيء جائزاً شرعاً لشخص، فإذا أوقع ذلك الفعل وترتب عليه ضرر لأحد فلا ضمان على الفاعل، كما لو حفر أحد في ملكه حفرة فسقطت فيها دابة أحد فهلكت فلا ضمان على صاحب الحفرة[2]، وتشكل هذه القاعدة مانعاً من موانع الضمان.

القاعدة الرابعة: الأجر والضمان لايجتمعان:

ومعنى هذه القاعدة أن الأجرة الواجبة لقاء منفعة لاتجب ويسقط التزامها إذا كان هناك التزام بضمان قيمة العين فيما لو هلكت، سواء أوقع الهلاك فعلاً أم لا[3] يعلل البعض هذه القاعدة[4]، في أن في الضمان معنى التملك فالضامن مالك فلا يدفع أجرة انتفاعه بملكه. فلو استأجر شخص دابة إلى محل معين فتجاوز بها ذلك المحل وهلكت لزمه الضمان ولا أجر عليه[5] فالضمان هنا يعد مانعاً من موانع الالتزم بدفع الأجر.

---

(١) نصت على هذه القاعدة المادة(٩٧) من مجلة الأحكام العدلية. (راجع شرحها: الأستاذ منير القاضي، شرح المجلة، ج١، مطبعة السريان والعاني، بغداد، ١٩٤٧، ص١٦١.

(٢) المادة (٩) مجلة، والمادة (٦) مدني عراقي. راجع منير القاضي، مرجع سبق ذكره، ص١٥٥.

(٣) المادة (٨٦) مجلة، راجع د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص٢٦٧.

(٤) منير القاضي، مرجع سبق ذكره، ص٣٥١.

(٥) د. محيي هلال السرحان، القواعد الفقهية، مطبعة أركان، بغداد، ١٩٨٧، ص٦٨.

القاعدة الخامسة: الحد والضمان لايجتمعان:

وهذه القاعدة حنفية كالسابقة وفي تشبهها في الحكم. ويتناول الفقهاء المسلمون هذه القاعدة عند شرحهم للجرائم ذات الطابع المالي كالسرقة والحرابة وغيرهما، ومعنى هذه القاعدة في جريمة السرقة، أن الجاني إذا ثبتت عليه السرقة فإن يده ستقطع استناداً إلى الآية الكريمة ﴿والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما﴾[١]، ولكن لاضمان عليه إذا هلك المال المسروق في يده إعمالاً للقاعدة أعلاه، وحجة الحنفية في ذلك، قوله (صلى الله عليه وسلم) «إذا قطع السارق فلا غرم عليه»[٢]، ولهم حجة أخرى منطقية وهي: أن المضمونات تملك عندهم من وقت الأخذ عند أداء الضمان أو اختياره، فلو ضمن السارق قيمة المسروق فكأن ملكه من وقت أخذه، وكأنه أخذ مايملكه، فلو قطع مع الضمان لقطع في ملك نفسه، والقطع لايجب ألا بأخذ ملك الغير[٣]. وذهب الشافعية والحنابلة استناداً على القاعدة الأولى المذكورة سابقاً، إلى أنه إذا أتلف المسروق في يد السارق ضمن بدله، وقطع، ولايمنع أحدهما الآخر لأن الضمان فيه حق للآدمي، والقطع يجب لله تعالى، فلا

---

(١) سورة المائدة/ الآية (٣٨).

(٢) نقلاً عن الأستاذ عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢، دار الكاتب العربي، بيروت، ص٦٢٠. وكذلك د. أحمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٩٧١، ص٣٠١ ومابعدها.

(٣) راجع الأستاذ عبدالقادر عودة، مرجع سبق ذكره، ص٦٢٩٠.

يمنع أحدهما الآخر مثلهما كمثل الدية والكفارة[1]. وقال مالك وأصحابه: أن تلق، فإن كان موسراً غرم وإن كان معسراً لم يكن عليه شيء[2].

ونحن نوافق ماذهب إليه الشافعية والحنابلة، رغم أننا قد وافقنا الحنفية في الاعتراف بقاعدة الضمان كسبب للملكية، إذ أن الأمر يختلف هنا لأننا أمام حد من حدود الله تعالى والذي لايمنع من إيقاعه على الجاني كونه تملك المال بالضمان، فهو مع ذلك يتملك المال بالضمان -وهذا مايخص الجانب المدني في جنايته- وتقع عليه عقوبة الله العادلة التي لم تفرض إلا خدمة للمصلحة العامة.

القاعدة السادسة: الخراج بالضمان:

وهذه القاعدة في الأصل، حديث نبوي[3]. والخراج معناه منافع الشيء وكل ماخرج منه من در ونسل ونحوه، والضمان الالتزام بالشيء عند هلاكه واعتباره كجزء من مال الضامن، هلاكه عليه، فإن ظهر مستحقاً لزمته قيمته، وهو بهذا المعنى

---

(١) راجع: ابن رشد القرطبي، مرجع سبق ذكره، ص٣٣٨. السيد سابق، مرجع سبق ذكره، ص٣٣١. كذلك راجع: الأستاذ عبدالقادر عودة، مرجع سبق ذكره، ص٦٢٠. ود. أحمد الكبيسي، مرجع سبق ذكره، ص٢٩٩ ومابعدها.

(٢) راجع: السيد سابق، مرجع سبق ذكره، ص٣١٢.

(٣) وهو حديث صحيح رواه أحمد وأبو داودوالترمذي وابن ماجة وابن حيان، (نقلاً عن الأستاذ علي الخفيف مرجع سبق ذكره، ص٤ قد نصت عليه المادة (٨٥) من المجلة، راجع شرحها: منير القاضي، مرجع سبق ذكره، ص١٥٠.

استعمال لغوي قريب من استعمال الفقهاء[1]. ومثالها مالو رد المشتري حيواناً بخيار العيب وكان قد استعمله مدة فإنه لا تلزمه أجرته، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان من ماله أي أن خسارته كانت راجعة عليه[2].

القاعدة السابعة: الغرم بالغنم:

ومعناها أن صاحب المنفعة يتحمل الخسارة فمن ينال نفع شيء يتحمل ضرره[3] فالغاصب يضمن المال المغصوب وهذا هو الغرم في مقابل تملكه له وهذا هو الغنم.

القاعدة الثامنة: النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة:

وهذه القاعدة يمثل الشق الأول منها قاعدة (الخراج بالضمان) ويتمثل الشق الثاني منها بقاعدة (الغرم بالغنم)، ومثالها أن على الزوجة إطاعة زوجها في غير المعاصي مقابل التزامه بالانفاق عليها[4]، لقوله تعالى ﴿ولهن مثل الذي عليهن﴾[5].

القاعدة التاسعة: تبدل سبب الملك قائم مقام تبدل الذات:

أي أن اختلاف الأسباب في تملك الأعيان بمنزلة اختلاف الأعيان، فإن العين الواحدة إذا تبدل سبب تملكها تعد كأنها قد تبدلت، فكأنها بعد تبدل سبب التملك

---

(١) راجع للتفاصيل: السيوطي، الأشباه والنظائر، دار إحياء الكتب العربية، ص١٥٠، ابن نجيم، الأشباه والنظائر، مؤسسة الحلبي، القاهرة، ١٩٦٨، ص١٥١. وعلي الخفيف، مرجع سبق ذكره، ص٤.

(٢) د. محيي هلال السرحان، مرجع سبق ذكره، ص٦٧.

(٣) المادة (٨٧) مجلة، وشرحها لمنير القاضي، مرجع سبق ذكره، ص١٥١.

(٤) المادة (٨٨) مجلة، وشرحها للدكتور وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص٢١٦.

(٥) سورة البقرة/ الآية (٢٢٨).

فيها، هي غيرها قبل تبدل السبب[1]، فمثلاً : إذا اشترى شخص متاعاً ثم غصبه منه شخص آخر وضمن قيمته فليس للأول بعد ذلك مطالبة الثاني بالمتاع طالما آنه قبض قيمته لأن تبدل سبب الملك من العقد إلى الضمان قائم مقام تبدل الذات.

القاعدة العاشرة: الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه:

وهذه هي القاعدة المباشرة التي تحكم موضوعنا والتي نرجىء الحديث عنها مفضلاً، لذا نكتفي هنا بالإمالة إلى ما سيلي ذكره عنها، في المبحث الخامس بشروط كسب الملكية بالضمان.

المطلب الثاني

القواعد القانونية في كسب الملكية

ومن القواعد القانونية التي تفيد كسب الملكية بالضمان، القواعد التالية[2]:

القاعدة الأولى: التصرف في ملك الغير:

ومفاد هذه القاعدة، إذا تصرف أحد بملك الغير لشخص آخر يبيع أو يهبه أو غيرهما، فإن مدى حق المالك في الرجوع على المتصرف أو المتصرف إليه بالضمان، يبقى متأثراً بحالة ما إذا كان المتصرف إليه حسن النية أو سيء النية. فإذا كان المتصرف إليه حسن النية لايعلم أن المتصرف يتصرف في ملك غيره واستند في حيازته للشيء

(١) المادة (٩٨) مجلة، راجع شرحها: منير القاضي، مرجع سبق ذكره، ص١٦٢.

(٢) نود أن نتحفظ هنا بأن مانذكره من قواعد قانونية في هذا المجال نريد بها المثال وليس الحصر.

المنقول إلى سبب صحيح فإنه يدفع دعوى الملك من المالك بقاعدة (الحيازة في المنقول سند الملك)، أما إذا لم يكن السبب صحيحاً أو لم يكن المال المحوز عنده من المنقولات، فإن على المالك ألا أن يرجع عليهما بدعوى الاستحقاق، وإلا فبدعوى الضمان، فإن رجع على الثاني كان له (أي للثاني) الرجوع على الأول، أما إذا رجع على الأول فليس لهذا أن يرجع على المتصرف إليه لأن الأخير كان حسن النية.

أما إذا كان المتصرف إليه سيء النية يعلم أن المتصرف إنما تصرف في ملك غيره. فإن للمالك أن يرجع عليهما بدعوى الاستحقاق أو بدعوى الضمان، فإذا رجع على المتصرف كان لهذا الرجوع بما ضمن على المتصرف إليه، أما إذا رجع على المصترف إليه فإن هذا الأخير لايقدر أن يرجع بما ضمن على المتصرف، لأنه كان سيء النية[1]. فرجوع الضامن على أي من المتصرف أو المتصرف إليه بالضمان يفيد الملك، فمن ضمن كان مالكاً لما ضمن.

القاعدة الثانية: هلاك المعقود عليه بيد صاحبه في المعاوضات:

إذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه، انفسخ العقد سواء كان هلاك بفعله أو بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه، فالمبيع

(١) راجع المادة (١٣٥) والمادة (٢٠٠) مدني عراقي، والمادة (٢٨١) مدني أردني والتصرف في ملك الغير في القانون المدني الأردني إما أن يكون تصرفاً مطلقاً من شأنه تحقيق نفع للمتصرف في ملكه وهذه هي (الفضالة) في مصطلح هذا القانون، والتي تعد تطبيقاً من تطبيقات نظرية الكسب بلا سبب (راجع المواد (٣٠١-١٠٨) مدني أردني)، مع ملاحظة أن هذا القانون قد نظم أحكام بيع ملك الغير (المادتين ٥٥٠-٥٥١) مدني أردني.

إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يكون من مال البائع ولاشيء على المشتري[1]، ذلك لأن القانون قد اعتبر يد المالك القديم على الشيء قبل تسليمه إلى المالك الجديد يد ضمان[2]. حيث أن من المعلوم أن العقد يعد ناقلاً للملكية بمجرد إبرامه إذا كان من العقود التي تفيد نقل الملكية، كالبيع[3]، فالمشتري عندما يشتري ساعة -مثلاً- من البائع ويتم الإيجاب والقبول بينهما، فإن هلكت أو تعيبت تعيباً يفسد الغرض الذي من أجله أقبل المشتري على شراءها، فإن هذا الهلاك أو التعيب يكون في ملك البائع لأن يده على الشيء يد ضمان قبل التسليم، فإن هو تسلم الثمن من المشتري وجب عليه رده، وهنا تنتقل الملكية مرة ثانية من المشتري الذي اكتسبها بالعقد، إلى البائع الذي اكتسب ملكية الساعة بالضمان.

القاعدة الثالثة: الإتلاف:

فإذا قطع أحد الأشجار التي في روضة غيره بدون حق فصاحبها مخير إن شاء أخذ قيمة الأشجار قائمة مع التعويض عن الأضرار الأخرى، وترك الأشجار المقطوعة للقاطع وإن شاء حط من قيمتها قائمة، قيمتها مقطوعة وأخذ المبلغ الباقي والأشجار المقطوعة مع التعويض عن الأضرار الأخرى[4]. وإذا افترضنا أن صاحب الأشجار اختار الخيار الأول المذكور في القاعدة أعلاه، وترك الأشجار المقطوعة

(١) المادة (١٧٩) مدني عراقي، لا مقابل لهذه المادة في القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٢٤٨) مدني عراقي، ولامقابل لهذه المادة في القانون المدني الأدرني.

(٣) راجع: د. جعفر الفضلي، كتابه الوجيز في العقود المدنية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٩، ص١٤.

(٤) المادة (١٨٨) مدني عراقي، كذلك المادة (١٨٧)مدني عراقي، وكذلك ملاحظة المادة (٢٧٦) مدني أردني.

للقاطع بعد أن ضمنه إياها، فإن القاطع يتملك الأشجار المقطوعة بالضمان.

القاعدة الرابعة: الغصب:

وتتفرع هذه القاعدة على الفروع الآتية:

١- إذا تغير المغصوب عند الغاصب:

في هذا الفرض، يكون للمالك (المغصوب منه) الخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى، وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان[1]. ففي هذه الحالة يتملك الغاصب المال المغصوب بالضمان.

٢ - إذا تغير اسم المغصوب بفعل الغاصب:

حيث يقرر القانون أنه إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث تبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له[2]. فالغاصب في هذه الحالة يتملك الزرع بالضمان.

٣- إذا تغيرت بعض أوصاف المغصوب بفعل الغاصب:

حيث يقرر القانون أنه إذا غير الغاصب بعض أوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من حاله، فالمغصوب منه يخير إن شاء أعطى الغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الأخرى وإن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب

(١) المادة (١٩٤) فقرة (١) مدني عراقي، والمادة (٢٨٦) فقرة (١) مدني أردني.

(٢) المادة (١٩٤) فقرة (٢)، والمادة ٢٨٦ فقرة (٢) مدني أردني.

بالضمان[1]. ففي هذه الحالة الأخيرة أيضاً يتملك الغاصب المال المغصوب بالضمان.

٤- حالة غاصب الغاصب و متلف المال المغصوب تحت يد الغاصب والذي يتصرف إليه الغاصب وكان المتصرف إليه سيء النية:

وهذه الحالات سبق وأن شرحناها في مواضع متقدمة[2].

القاعدة الخامسة: الكسب بلا سبب:

حيث إن هذه القاعدة تقضي بأن: كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب، ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد[3].

ونورد مثالاً توضيحياً على هذه القاعدة: إذا اشترى شخصاً بعض الحبوب للزراعة من شخص آخر على أن يرد مثلها عند الحصاد، ثم مات المقرض، فقام المقترض برد مثلها إلى شخص يعتقد أنه وارث لمقرضه وهو ليس كذلك، فإنه يضمنها استناداً إلى قاعدة الكسب بلا سبب، وفي مقابل ذلك فإن هذا الشخص يتملك الحبوب التي آلت إليه بالضمان.

(١) المادة (١٩٤) فقرة (٣) مدني عراقي، والمادة (٢٨٦) فقرة (٣) مدني أردني.

(٢) المواد (١٩٨، ١٩٩، ٢٠٠) مدني عراقي، والمواد (٢٨٠، ٢٨١، ٢٨٢) مدني أردني، راجع ماقبله ص .

(٣) المادة (٢٤٣) مدني عراقي، قارنها بالمادة (٢٩٣) مدني أردني).

القاعدة السادسة: الالتصاق:

الالتصاق يعتبر بحد ذاته سبباً لكسب الملكية إذا توافرت شروطه، وهو إما أن يكون التصاق منقول بعقار أو منقول بمنقول، فالتصاق المنقول بعقار يؤدي إلى تملك صاحب أحد المالين للمال الآخر، فقد يتملك صاحب العقار للمنقول الملتصق وقد يتملك صاحب المنقول الملتصق، العقار الملتصق به، والتصاق المنقول بالعقار أمر لايهمنا هنا بقدر ما يهمنا التصاق منقولين، حيث يقضي القانون[1] بأنه: «إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلهما دون تلف أو نفقة فاحشة ولم يمكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاءً وقدراً، يملك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته»[2].

حيث إنه بموجب هذه القاعدة يجب أن يكون الالتصاق قضاءً وقدراً كي يمكن العمل بقاعدة كسبب لكسب الملكية، أما إذا كان الالتصاق بفعل الإنسان فإنه لايمكن أن يكون الالتصاق سبباً لكسب الملكية، فمثلاً: لو قام شخص بصبغ سيارة غيره بصبغ من عنده اعتقاداً منه أن هذه سيارته، فهل يمكن لصاحب السيارة أن يمتلك الصبغ بالالتصاق بعد دفع قيمته؟ لايمكن طبعاً لعدم توافر شروط القضاء والقدر وإعمالاً للقاعدة العامة في الكسب بلا سبب، فإن من حصل على كسب دون سبب

---

(١) المادة (١١٢٥) مدني عراقي، قارنها بالمداة (١١٤٥) مدني أردني، فقد نصت هذه الأخيرة على أنه إذا اتصل منقولان لمالكين مختلفين بحيث لايمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين قضت المحكمة في النزاع مسترشدة بالعرف وقواعد العدالة مع مراعاة الضرر الذي وقع وحالة الطرفين.

(٢) كذلك راجع مانصت عليه المادة (٢٤٢) مدني عراقي وقارن المادتين (٢٩٤ , ١١٤٥) مدني أردني.

فإنه يلتزم بدفع قيمته، وفي مقابل ذلك فإنه يمتلك الشيء الذي دفع قيمته، ففي المثال السابق يمتلك صاحب السيارة الصبغ بعد دفع قيمته لصاحبه وذلك بالضمان.

القاعدة السابعة: الحيازة:

كذلك فإن الحيازة تعد في ذاتها سبباً للملكية أو سنداً للحائز يمنع عنه الغير من التعرض عليه بدعوى الملك، وقد سبق وإن تكلمنا عن قاعدة (الحيازة في المنقول دليل أو سند الحائز[1]، ونقول هنا أن الحيازة كسبب لكسب الملكية تكون دون أن يدفع الحائز مقابلاً لما يتملك بعكس الضمان فهو يكسب الملكية ولكن بمقابل لأنه يقوم عادة على طرق غير مشروعة، عليه فإننا عندما نقرر قاعدة الضمان كسبب لكسب الملكية إنما نقررها مع تحفظ مشروط بضيق نطاقه، لأن إعمال هذه القاعدة دون قيود يؤدي إلى حدوث أثر انعكاسي للغرض الذي من أجله تم إقرار نظرية الضمان كسبب لكسب الملكية وهو استقرار المعاملات إذ يستطيع كل واحد أن يتذرع بقاعدة الضمان هذه فيقوم بأعمال غير مشروعة بغية الحصول على مآربه في كسب ملكية المال الذي يريده.

ومهما يكن من أمر فإن الحيازة التي لايستفيد منها صاحبها في كسب ملكية المال الذي يحوزه قد تكون سبباً في تضمينه ومن ثم يكون مالكاً للشيء الذي يحوزه بالضمان، فمثلاً: يقرر القانون أنه إذا كان الحائز سيء النية، فإنه يكون مسؤولاً عن هلاك الشيء أو تلفه، ولو كان ذلك ناشئاً عن حادث فجائي . . ، فمثلاً إذا حاز

(١) راجع ما قبله من البحث.

سيء النية بعض الأشياء وتلفت بعض منها، فضمن الحائز كلها فهو يتملك الجزء الذي لم يتلف بالضمان.

المبحث الثالث
شروط كسب الملكية بالضمان

ذكرنا سابقاً أن القانون المدني الأردني قد اعتد بالضمان كسبب من أسباب كسب الملكية في المادة (١٠٨٥) منه، التي استقاها من القاعدة الحنفية القائلة: "الضامن يملك المال المضمون بالضمان من وقت قبضه"[1].

والملاحظ على هذه القاعدة أنها قد توحي لأول وهلة بعدم وجود شرط لحكمها، على حين أن الفقه الحنفي في أقوى الآراء الواردة فيه والمؤيدة تأييداً منقطع النظير لفكرة كسب الملكية بالضمان، قد وضع شروطاً لهذه القاعدة قد تكون غير صريحة، ويلاحظ كذلك على المادة (١٠٨٥) مدني أردني أنها اشترطت شرطاً واحداً لتطبيق القاعدة المذكورة، هو كون المحل قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً، في حين أن هناك شروطاً وقيوداً أخرى للقاعدة أقرها مؤسسوها الأحناف. لكن لما كانت القاعدة محل البحث قد تؤدي إلى اضطراب المعاملات بسبب أن البعض قد يتذرع بها فيتشجع على القيام بعمل غير مشروع كي يحصل على ملكية شيء معين، فإننا نضيف لشروط كسب الملكية بالضمان التي نستخلصها من المذهب الحنفي، شرطاً

(١) راجع د. وهبة الزحيلي، مرجع سبق ذكره، ص٢٢٠.

آخر مفاده، ألا يكون الضامن متعمداً في القيام بالعمل غير المشروع كي يتذرع بقاعدة كسب الملكية بالضمان، بعبارة أخرى، انتفاء عنصر الغش أو التحايل على قاعدة كسب الملكية بالضمان.

عليه فإن شروط كسب الملكية بالضمان هي:

١- أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً.

٢- تغير المال المضمون.

٣- وجود المقابل (الضمان).

٤- انتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان.

٥- عدم وجود مانع من موانع الضمان.

وفيما يلي بحث هذه الشروط كل على حدة:

الشرط الأول: أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً:

يجب أن يكون الشيء المراد تملكه بالضمان مما يمكن أن يكون محلاً للملكية، فهناك أشياء يجوز تملكها وأشياء أخرى لايجوز تملكها، فقد نصت المادة (٦١) مدني عراقي على أنه: " ١- كل شيء لايخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي

لايستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون هي التي لايجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية"[1]. وبما أن حق الملكية يعد من أقوى الحقوق العينية التي تمثل النوع الثاني من الحقوق المالية[2]، فإن هذا النص قد وضح مايصح أن يكون محلاً للملك.

والأشياء التي لايمكن أن تكون محلاً للملك في القانون يمكن تلخيصها في الآتي:

١- عدم قابلية الشيء للتملك الراجع إلى طبيعة الشيء، كالشمس والبحار والهواء والأنهار، فكل هذه الأشياء موجودة ومعينة لكنها لايمكن أن تكون محلاً للملكية.

٢- عدم قابلية الشيء للتملك الراجع إلى كونه مباحاً لا مالك له، كالطير في الهواء والسمك في الماء، ولكن إحراز هذه الأشياء بقصد التملك يجعل منها محلاً للملكية.

٣- عدم قابلية الشيء للتملك الراجع إلى الغرض الذي خصص له الشيء، كالشوارع والجسور وغيرها.

٤- عدم قابلية الشيء للملك الراجع إلى القانون، إذ قد يمنع القانون تملك

(١) راجع المادتين (٥٤، ٥٥) مدني أردني. والمادة (٨١) مدني مصري.

(٢) المادتين (٦٦، ٦٧) مدني عراقي، والحقوق المالية في القانون الأردني هي ثلاثة، الحقوق الشخصية والعينية والمعنوية (م/٦٧).

بعض الأشياء مثل المخدرات والآثار القديمة[1].

وفي الفقه الإسلامي، فإن الأشياء التي لايجوز تملكها، هي[2]:

١- الأعيان التي لامنفعة فيها، ذلك لأن الملك شرع من أجل الانتفاع بالشيء الوارد عليه، إذ أن قيام الملك على أعيان لامنفعة فيها عبث لايقبله شرع ولاعقل، وذلك مثل الحشرات كالذباب والبعوض وغيرها، فهذه الأعيان لاتصح أن تكون محلاً للملك، ومن ثم إذا حازها شخص أو اعتدى آخر عليها، فإنه لايترتب على هذا التعدي أي ضمان. وتلحق بهذه الأعيان، الأعيان التي تشتمل على منافع تافهة كحبة قمح وكذلك المنافع التافهة كشم تفاحة.

٢- الأعيان والمنافع المحرمة، فكل الأعيان والمنافع التي حرمها الشارع، لايجوز أن تكون محلاً للملك، مثل الخمر والخنزير والميتة[3]، فهذه الأعيان لايجوز الانتفاع بها شرعاً وبالتالي لايجوز أن تكون محلاً للملك، فالنهي عن الانتفاع بها نهي عن تملكها، لأن الإذن بتملكها يتناقض مع

---

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز، ج١، مصادر الالتزام، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ١٩٦٣، ص١٧١.

(٢) د. عبدالسلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، القسم الأول، مكتبة الأقصى، عمان، ١٩٧٤، ط١، ص٢٠٤. د. أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية ١٩٨٩، ص٣٢.

(٣) راجع سورة الأنعام/ الآية ١٤٥.

تحريمها[1].

وقد اتفق الفقهاء على أن هذه الأعيان لاتكون محلاً للملك بالنسبة للمسلم، واختلفوا هل تكون محلاً للملك بالنسبة للذمي، فالأحناف ومن وافقهم يرون في هذه الأعيان أنها تصلح أن تكون محلاً للملك بالنسبة للذمي، وذلك لأنها مال عندهم فالمعتدي عليها يضمنها بالإتلاف[2]. أما عند الشافعية ومن وافقهم، فلا تعد محلاً للملك لأنها ليست مال عندهم أصلاً بالنسبة للمسلمين والذميين، ومع ذلك فقد أوجب الشافعية ردها إذا غصبها غاصب، لأنهم مقرون على الانتفاع منها، أما إذا تلفت فالخمر عندهم لاتضمن، سواء كانت للذمي أو المسلم، محترمة أو غير محترمة[3].

إضافة لكل ماتقدم، فإن الأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها لاتعد محلاً للملكية في الشريعة[4] كما في القانون.

مما تقدم يتضح أنه لابد من كون الشيء الذي سيضمنه الضامن قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً، فمن سرق من آخر كمية من المخدرات، فإن القانون لن يحكم أبداً بضمانها، لعدم اعتبارها مالاً، وبالتالي فإنه إذا ماحكم بضمانها أفاد تملكيها، ولاتمليك لما لايعد مالاً.

(١) د. عبدالسلام العبادي، مرجع سبق ذكره، ص٢٠٥.

(٢) د. عبدالسلام، المرجع السابق، نفس الموضع.

(٣) الرملي، ج٥، مرجع سبق ذكره، ص١٦٧-١٦٨.

(٤) د. العبادي، مرجع سبق ذكره، ص٢٠٧.

الشرط الثاني: تغير المال المضمون:

إن الواجب في الضمان يختلف فيما لو كانت العين المضمونة باقية على حالها لم تتغير ولم يصيبها أي تعيب أو نقصان أو زيادة في ذاتها أو في قميتها، وفيما لو كانت متغيرة عما كانت عليه قبل وقوع سبب الضمان ففي الحالة الأولى يلزم الضامن برد عين الشيء المضمون إلى مالكه، أما في الثانية فيلزم برد مثلها إذا كانت من المثليات أو برد قيمتها إذا كانت من القيميات[1]، وذلك فيما لو رضي المالك بالبدل ولم يطالب بالعين رغم التغيير الحاصل فيها مع حقه في التعويض، ويلاحظ أن استرداد المالك للعين المضمونة لاينجم عنه أي تطبيق لقاعدة كسب الملكية بالضمان، أما في حالة ماإذا تغيرت العين ولم يرض المالك إلا بضمانها. فإن القاعدة تأخذ حكمها.

والتغيير قد يكون كلياً أو جزئياً، ويظهر هذا التقسيم -عادة- في حالة الاتلاف كسبب موجب للضمان، أما الغصب الذي يعد أهم صور القاعدة محل البحث فإن التغيير في العين المغصوبة يكون على النحو الآتي[2]:

أ- التغيير المادي في المغصوب:

أي بتغيير عينه أو وصفه ويكون علي صور:

١- أن يغيره الغاصب بزيادة شيء عليه من ماله المتقوم، كأن يغصب ثوباً

(١) د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات، مطبعة السعادة، ١٩٨٥، ط١، ص٥٦٨.

(٢) يوسف محسن محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص١٣١.

فيصبغه، أو أرضاً فيبنى عليها.

٢- أن يتغير المغصوب في يد الغاصب بالاستحالة، كأن يغصبه بيضاً فيصير فرخاً أو حباً فيصير زرعاً.

٣- أن يغيره الغاصب لا بزيادة مال وإنما بعمل فيه، كأن يغصب حديداً فيضربه سيفاً أو قماشاً فيخيطه ثوباً، أو فضة فيضربها آنية.

٤- أن يخلطه بماله أو مال غيره خلطاً يتعذر تمييزه.

وقد اختلف الفقهاء المسلمون في الحكم لكل صورة من الصور الأربعة أعلاه، ولانريد هنا البحث عن هذا الخلاف[1]، لكن نقول أن هذه الصور تجعل الملك بالخيار إن شاء استرد المغصوب مع التعويض عن التغير الحاصل فيه إن كان له مقتضٍ، وإن شاء ترك المغصوب للغاصب بالضمان.

ب- التغيير القانوني في المغصوب:

ويكون بوساطة التصرف القانوني في المغصوب، وهذا التصرف إما أن يكون معاوضة أو تبرعاً:

١- التصرف في المغصوب معاوضة:

فلو أن شخصاً غصب من آخر شيئاً وقبل أن يغيبه باعه إلى شخص آخر، فلا

(١) للتفاصيل راجع: يوسف محمن محمد علي، المرجع السابق، ص١٣١ وما بعدها.

خلاف بين الفقهاء المسلمين في أن البيع باطل[1]، لوجوب الرد مع بقاء العين، أما لو غيبه الغاصب حتى ضمنه المالك غيبته ثم أظهره وباعه، فإن حكم هذه المسألة مبني على قاعدة تملك الغاصب للمغصوب بالضمان ومدى الاعتراف بها، فجمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى أن الغاصب لايملك المال المغصوب هناك، قالوا هنا بأن البيع باطل وأن للمالك استرداد عين ملكه في أي يد وجدها[2]، أما في المذهب الحنفي، فعلى رأي أبي حنيفة الذي يشترط لثبوت الملك اختيار الضمان من قبل المغصوب منه، فإن البيع لاينفذ قبل اختيار الضمان، وينفذ بعده، وأما على رأي محمد وأبو يوسف، فإن اختيار الضمان ليس بشرط للملك لأنه إذا غيبه فقد ملكه ولو قبل اختيار الضمان، فلو باعه اعتبر البيع نافذاً[3].

٢- التصرف في المغصوب تبرعاً:

كما لو وهب الغاصب العين المغصوبة أو أعارها وأودعها لدى آخر -بعد أن غيبها- وكانت عين المغصوب لاتزال قائمة، إذا كانت العين قد تلفت بعد التصرف بها، كأن يكون المغصوب طعاماً فأكله الموهوب له، ولكل من هاتين الحالتين الحكم الخاص بها فيما يخص الضمان[4]، أما ما يخص كسب الملكية به، فإنه إذا كانت العين

(١) المرجع السابق، ص١٣٧.

(٢) الشيرازي، مرجع سبق ذكره، ج١، ص٣٦٨. ويوسف محسن محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص١٣٨.

(٣) الكاساني، مرجع سبق ذكره، ص١٥٣. الرشداني، الهداية، مرجع سبق ذكره، ص١٢. السرخسي، مرجع سبق ذكره، ص٦٨.

(٤) يوسف محسن محمد علي، مرجع سبق ذكره، ص١٣٩.

قائمة لم تتغير، فإن المالك يجبر على استردادها مع حقه في التعويض عن الأضرار الأخرى، أما إذا تغيرت تغيراً جزئياً أو كلياً، فإنه في التغيير الجزئي بالخيار بين الاسترداد والتضمين، فإن اختار الأخير عد الغاصب مالكاً لما غصب، أما في حالة الإتلاف الكلي فليس للمالك سوى تضمين الغاصب أو من تصرف إليه حسب الاتجاه السائد في الفقه والقانون، والضمان سيؤدي بالتأكيد إلى انتقال ملكية المغصوب إلى الضامن سواء كان الغاصب أو من تصرف إليه.

والجدير بالذكر أن المغصوب إذا لم يتغير فإن المالك يجبر على استرداده، وإنما كان الخيار له فحسب في حالة تغير المال المغصوب .

الشرط الثالث: وجود المقابل:

ذكرنا سابقاً أن الأحناف عندما قرروا كسب الملكية بالضمان، استندوا على أن المالك لايجوز أن يجمع بين ملكية الضمان والمضمون، ففي الوقت الذي يملك فيه المالك الضمان، يكسب الضامن ملكية المضمون، لذا فإنه حتى يعد الضمان سبباً لكسب الملكية (ملكية المضمون)، يجب أن يكون هناك مقابل لهذه الملكية متمثل في كسب ملكية المضمون له للضمان، عليه فإن الضامن إذا لم يدفع قيمة الضمان للمالك، فإنه لم يعد مالكاً للمضمون بالضمان بل بسبب آخر .

وقد يتنازل المالك عن حقه في الضمان أو عن الشيء المضمون، فهنا لا يعد الضمان سبباً لكسب ملكية الشيء الذي تنازل عنه صاحبه لعدم وجود المقابل بل إن السبب المكسب للملكية هنا هو العقد ، فالمالك موجب في التنازل عن ملكه وبقاء الشيء في حيازة الضامن يعد قبولاً منه لايجاب المالك في ملكية الشيء الذي يحوزه وهكذا. ويكيف تصرف المالك بالتنازل عن ملكه بأنه عقد هبة إذا كان الشيء باقياً على حاله لم يتغير مع بقاء ذاته، ويكون التصرف إبراءً، إذا كان المال قد أصبح ديناً في ذمة الضامن [1].

وفي هذا المجال يتبادر إلى الذهن تساؤلان الأول يتعلق بالإبراء والثاني يتعلق بالهبة:

أما بالنسبة للتساؤل الأول فمرده، ما الحكم فيما لو أصر الضامن على دفع قيمة الشيء الهالك والذي صار ديناً في ذمته؟ بعبارة أخرى ما الحكم فيما لو رفض إبراء المالك؟

نصت المادة (٤٢٢) مدني عراقي [2] على أنه "١- لايتوقف الإبراء على قبول المدين، لكن إذا رده قبل القبول ارتد، وإن مات قبل القبول فلا يؤخذ الدين من تركته

(١) نصت الفقرة (١) من الماد (١١٢٦) مدني عراقي على أنه "تنتقل الملكية بالعقد في المنقول والعقار". وقد ذكر عبارة المنقول بصورة مطلقة لتشمل المنقول المادي والمعنوي كالدين، راجع : المادة (٩٣٢) مدني مصري والمادة (١١٤٦) مدني أردني.

(٢) راجع المواد: (٣٧١) مدني مصري، (٤٤٥) مدني أردني، ٣٤٠) موجبات وعقود لبناني.

٢- ويصح ابراء الميت من دينه" . من هذا النص يتضح لنا أنه لايشترط في الابراء قبول الضامن المدين، ولكن إذا رد الضامن الابراء قبل القبول ارتد، ولايجبر عليه إذا لم يرغب في أن يتصدق المالك به عليه، وذلك لتعلق هذا الأمر بكرامة الإنسان.

أما التساؤل الثاني فهو خاص بالحالة التي تفترض أن الشيء قائم على حالة لم يتحول من العين إلى الدين، وقد اتضح لنا أن الضامن يملك هذا الشيء بالهبة، التي لاتتم في المنقول إلا بالقبض أو التسليم[1]. فهل يعني أن المالك إذا لم يقم بتسليم العين إلى الشخص الذي ضمنها بتعديه فإن أحكام الهبة لاتنتج أثراً؟

إن صورة التسليم في هذا الفرض تتمثل في التسليم المعنوي الذي يرجع بأثر مستند إلى يوم حدوث سبب الضمان، وهذه الصورة في التسليم نص عليها المشرع العراقي في المادة (٦٠٦) مدني التي نصت على أنه: "إذا وهب أحد ماله لمن كان هذا المال في يده، اعتبرت الهبة مقبوضة دون حاجة إلى قبض آخر" . ومن هذا النص يتضح أن الضامن قد قبض العين وكانت يده عليها يد ضمان، فإذا تنازل عنها المالك لمن كان يراد تضمينه بدون مقابل كان سبب ملكية الأخير لها هو عقد الهبة الذي تم فيه القبض وقت حدوث سبب الضمان، وليس بالضمان الذي انتفى منه أحد شروطه الخاصة وهو بالمقابل.

(١) راجع المواد: (٦٠٣) مدني عراقي، (٥٥٨) مدني أردني. ويلاحظ أن القبض لايعد ركناً لازماً في هبة المنقول في كل من القانون المصري واللبناني المادة (٤٨٨) مدني مصري والمادة (٥٠٩) موجبات وعقود لبناني.

الشرط الرابع: انتفاء قصد الغش لدى الضامن نحو قاعدة الضمان:

أي ألا يكون الضامن قد تعمد قيام السبب المفضي للضمان كي يتذرع بقاعدة كسب الملكية به. إذ أنه سبق أن لاحظنا، أن بعض الفقهاء قد أنكر على قاعدة الضمان مفعولها في كسب الملكية، والسبب الذي دفع هذا البعض إلى مثل هذا الاتجاه، هو أن الضامن قد ينتهز الفرصة التي توفرها هذه القاعدة، فيغصب مال معين ويغيره تغييراً موجباً لضمانه بالمثل أو القيمة، مما يعني أن قاعدة كسب الملكية بالضمان بدلاً من أن تؤدي إلى استقرار المعاملات، فإنها سوف تكون سبباً لاضرابها، عليه فإنن آثرنا وضع هذا الشرط والمتمثل في عدم توفر قصد تملك المال المضمون لدى الضامن ابتداءً، كي يمكننا العمل بقاعدة (كسب الملكية بالضمان).

وإننا في هذا المجال، إذ نوضح شرط عدم التعمد، فإنه من الواجب تبيين المقصود بالتعمد وتمييزه عن التعدي، رغم أن المشرع العراقي لم يميز في الحكم بينهما، ذلك عندما خالف القاعدة الفقهية "إذا أجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر"[1] في نص المادة (١٨٦) مدني والتي بموجبها أضاف الحكم إلى المباشر أو المتسبب أيهما كان متعمداً أو متعدياً دون تمييز بينهما.

(١) راجع شرح هذه القاعدة، منير القاضي، مرجع سبق ذكره، ص١٥٣، وقد أخذ بها المشرع الأردني في المادة (٢٥٨) مدني، راجع في الاختلاف بين النصين العراقي والأردني غالب محمد القرالة، الضمان في القانون المدني الأردني والمقارن، عمان، ١٩٩٣، ص١٢٢.

وللتعمد معنى في القانون الجنائي يختلف عن التعدي في ذات القانون إذ أن التعمد هو إرادة الفعل والنتيجة المترتبة عليه مع العلم بهما، أما التعدي فهو إرادة الفعل دون النتيجة[1]. وفي السرقة التي تعد أحد موجبات الضمان يتمثل التعمد فيها بالقصد الجنائي الذي عرفه الفقه[2]، بأنه "أن يأخذ الشيء وهو عالم بأنه يأخذ مالاً مملوكاً دون علم المأخوذ منه ودون رضاه". إذن فالتعمد في موجبات الضمان ككل ممكن أن نعرفه بأنه: "قصد تملك الشيء المضمون" وهو يختلف عن التعدي في أن الشخص المتعدي فحسب لايقصد تملك الشيء المضمون، بل إن قصد الفعل المفضي للضمان.

عليه فإن الشخص المراد تضمينه إن كان قاصداً وقت قيام سبب الضمان، تملك المال الذي يغصبه أو يسرقه أو يغير معالمه أو ما إلى ذلك من أسباب الضمان، فإنه ملزم بإعادة الشيء إلى مالكه على الحالة التي تغير عليها المضمون، إلا أنه من الجدير بالملاحظة أن المالك لايجبر على استرداد الشيء بل يعطى له حق اختيار الضمان بالبدل، فعند ذلك سيبقى المال المضمون للضامن يتملكه من وقت قبضه.

لكن اشتراط شرط التعمد قد لايكون بالسهولة التي ممكن أن يتصورها البعض، فالتعمد أمر كامن في النفس من الصعوبة بمكان كشفه وإثباته، لذا فإنه يجب أن

---

(١) جبار صابر طه، مرجع سبق ذكره، ص١٨٥.

(٢) د. أحمد الكبيسي، مرجع سبق ذكره، ص٨٧.

نتساءل عن الكيفية التي يمكن الركون عليها في أن الضامن أراد أو قصد تملك المال الذي ضمنه؟ إن هذه المسألة تعد مسألة وقائع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع، عن طريق القرائن القضائية، ومن أمثلة هذه القرائن:

١ - إذا كانت هناك مساومة، قبل حدوث سبب الضمان، بين الضامن والمالك على شراء المال من المالك بثمن معين، ولم يرض المالك بالبيع، وأصر الشخص الضامن على أخذه، فقام بغصبه -مثلاً- وتغييره تغييراً يوجب تملكه بأداء الضمان.

٢- إذا كان الفعل المفضي للضمان يعد جريمة عمدية في نظر القانون الجنائي، فالسرقة توجب الضمان، إلا أن الضمان فيها لايوجب كسب الملكية، والغصب كذلك وإتلاف الأموال بتعمد، وغيرها من الأفعال العمدية الموجبة للضمان، فإنها لاتعد أسباباً لضمان ناقل للملكية.

ويلاحظ أن هذا الشرط محل الشرح يلعب دوره في أمرين:

الأول: دحض الرأي الذي يذهب إلى عدم التفرقة بين التعمد والتعدي في الحكم بالضمان، فهذا الشرط يوجب قيام الفرق بينهما ليس في المعنى فحسب بل في الحكم في نطاق الضمان المكسب للملكية.

الثاني: التضييق من تطبيق قاعدة (كسب الملكية بالضمان) إذ أن غالبية الأفعال الموجبة للضمان تنشأ عن الفعل المقترن بتعمد الفاعل مما يعني أن هذا الضمان لايمكن أن يكون سبباً للملكية.

كما يلاحظ أن هذا الشرط ملزم للضامن لا للمضمون له، إذ يبقى الخيار للأخير في الاسترداد أو في التضمين، بعكس شرط التغير، إذ يعد ملزماً لكل من الضامن والمضمون له.

الشرط الخامس: أن لايوجد هناك مانع من موانع الضمان:

موانع الضمان حسب مايوردها الفقهاء المسملون أربعة[1]:

١- كون الاتلاف بحق.

٢- حالة الضرورة.

٣- رضا المضرور بالضرر.

٤- عدم الفائدة في التضمين.

ويلاحظ أن حالة الضرورة لاتعد مانعاً للضمان، فالضرورات وإن كانت تبيح المحظورات لكنها تقدر بقدرها[2]، ولاتمنع ضمان ما أتلف بسببها، فالاضطرار لايبطل حق الغير إبطالاً كلياً[3]. كما أن استرداد الشيء المضمون يمنع المطالبة بأداء الضمان عنه وكذلك فإن الأجر والضمان لايجتمعان والحد والضمان لايجتمعان إذ يمنع أحدهما الآخر، عليه فإن موانع الضمان:

(١) الأستاذ علي الخفيف، مرجع سبق ذكره، ص٢٢٧.

(٢) المادتان (٢١، ٢٢) أحكام عدلية، راجع شرحهما لمنير القاضي، ص٨٣. كذلك راجع المادة (٢١٢× مدني عراقي والمادة (٢٢٢) مدني أردني).

(٣) المادة (٣٣) أحكام عدلية وشرحها لمنير القاضي، ص٩٢، المادة (٢١٣) مدني عراقي.

١ - استناد سبب الضمان إلى حق يحميه القانون، فمن قام بعمل يحميه القانون أدى إلى تلف مال الغير، فإن الأول لايضمن هذا المال، كما لو أتلفت الشرطة أموالاً ممنوع تداولها بيد الأفراد.

٢- رضا المتضرر بالضرر، فالمتضرر عندما يرضى بالضرر، إنما يعد رضاه هنا تنازلاً عن حقه في الضمان، وقد تناولنا هذا الأمر في شرط المقابل[١].

٣- عدم الفائدة في التضمين، كالإتلاف الحاصل أثناء الحرب.

٤- الاسترداد، فليس للمالك أن يجمع بين استرداد العين وضمانها، إذ أنه بذلك يعد مثرياً على حساب الغير.

٥- الحد.

٦- الأجر: وقد سبق وأن بينا هذين المانعين في القواعد التي يؤسس عليها كسب الملكية بالضمان.

مما تقدم يتضح أن هناك أمور تمنع قيام الضمان، وبالتالي تمنع قيام دوره كسبب من أسباب كسب الملكية.

هذه هي شروط كسب الملكية بالضمان، وهي تختلف تماماً عن شروط كسب الملكية بالحيازة.

---

(١) راجع ما قبله من البحث.

المبحث الرابع
موقع الضمان من أسباب كسب الملكية

هناك تصنيفات عديدة لأسباب كسب الملكية[1]، إلا أن أهمها التصنيف التقليدي لهذه الأسباب والذي اختارته التشريعات الحديثة، والتصنيف الحديث الذي تبناه أحد فقهاء القانون[2]. لذا فإنه يجب أولاً معرفة هذين التصنيفين ومن ثم معرفة موقع الضمان منهما، وعليه فإننا سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول
التصنيف التقليدي وموقع الضمان منه

طبيعة عنوان هذا المطلب تقتضي تقسيمه إلى فرعين، نبحث في الأول التصنيف التقليدي لأسباب كسب الملكية، وفي الثاني موقع الضمان من هذا التصنيف.

الفرع الأول
التصنيف التقليدي لأسباب كسب الملكية

يراد بأسباب كسب الملكية، المصادر التي بمقتضاها يتم اكتساب حق الملكية بوجه عام على شيء معين بالذات، وأسباب كسب الحقوق العينية تقابل مصادر

(١) راجع للتعرف عليها: د. السنهوري، الوسيط، ج٩، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٨، ص٨.

(٢) وهو الأستاذ الدكتور عبدالرزاق أحمد السنهوري.

الالتزام[1]، فما هي هذه الأسباب؟ وكيف تصنف تقليدياً؟

أسباب كسب الملكية في التشريعات الحديثة هي:

١- الاستيلاء: هو وضع شخص يده على شيء لا مالك له بنية تملكه، ويشترط فيه الإحراز وأن يكون الشيء المحرز منقولاً مباحاً وأن يكون الاحراز بقصد التملك[2].

٢- الميراث: هو أيلولة الحق إثر وفاة صاحبه إلى الوارث بقوة القانون ودون اعتداد بإرادة المورث[3].

٣- الوصية: هي تصرف في التركة مضاف إلى مابعد الموت مقتضاه التمليك بلا عوض[4].

٤- الالتصاق: هو اندماج شيئين مختلفين متميز أحدهما عن الآخر ومملوكين لمالكين مختلفين دون أن يكون بينهما اتفاق على مثل هذا الاندماج[5] الذي

---

(١) د. السنهوري، الوسيط، ج٩، المرجع السابق، ص٥. د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سبق ذكره، ص٥.

(٢) راجع: محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية، دار الكتب، الموصل، ١٩٨٢، ص١٥٨.

(٣) راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سبق ذكره، ص٣١.

(٤) المادة (٦٤) من قانون الأحوال الشخصية العراقي النافذ، قارن التعريف بنص المادة (١١٢٥) من القانون المدني الأردني.

(٥) د. السنهوري، المرجع السابق، ص٢٤٣ (ويطلق القانون المدني الأردني لفظ (الاتصال) عليه). راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سبق ذكره، ص٨٦.

لايمكن فضه إلا بتلف.

٥- العقد: هو ارتباط إرادتين متوافقتين على إحداث أثر قانوني[1].

٦- الشفعة: هي حق تملك العقار المبيع ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات المعتادة[2].

٧- الحيازة: هي وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه أو الواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه أو يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق[3].

ويضيف القانون المدني الأردني على هذه الأسباب التي سلسلناها على ضوء ماجاء في القانون المدني العراقي، سببين آخرين هما: الضمان -وهو محل بحثنا- والأولوية: وهو نظام في الأراضي الأميرية يقابل حق الشفعة في عقارات الملك[4].

والآن نتساءل ياترى ماهو التصنيف التقليدي[5] لهذه الأسباب؟

لقد ذهبت معظم التشريعات الحديثة إلى تصنيف هذه الأسباب على ثلاثة

---

(١) وقد عرف مشروع القانون المدني العراقي الجديد لعام ١٩٨٥، العقد في المادة (٣١٣) منه بأنه "اتفاق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يعتد به القانون".

(٢) المادة (١١٢٩) مدني عراقي والمادة (١١٥٠) مدني أردني.

(٣) المادة (١١٤٥) مدني عراقي، وقد عرفها القانون المدني الأردني في المادة (١٧٧١) بصورة منتقدة أكثر مما تنتقد عليه المادة العراقية، راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص٢٢٠.

(٤) د. محمد وحيد الدين سوار، المرجع السابق، ص٢١٥.

(٥) ويسميه الأستاذ الدكتور السنهوري بالتصنيف العملي، الوسيط، مرجع سبق ذكره، ص٧.

أقسام:

١- كسب الملكية ابتداءً، ويشمل هذا النوع الاستيلاء أو إحراز المباحات.

٢- كسب الملكية بسبب الوفاة، ويشتمل هذا النوع الميراث والوصية. وعلى هذا الصنف يطلق المشرع الأردني لفظ كسب الملكية بالخلفية[1]، ليضيف إلى الميراث والوصية، الضمان.

٣- كسب الملكية بين الأحياء، ويشمل هذا الصنف، الالتصاق (الاتصال) والعقد والشفعة والحيازة، وكذلك الأولوية في القانون المدني الأردني.

ويقوم ترتيب أسباب كسب الملكية في هذا التصنيف على أساس التمييز بين نوعين من أسباب كسب الملكية، أسباب تكسب بها الملكية ابتداءً (الاستيلاء) وأسباب تكسب بها الملكية انتقالاً من مالك سابق (كسب الملكية بسبب الوفاة أو بالخلفية أو مابين الأحياء) وهذا هو تقسيم الأسباب المكسبة للملكية إلى أسباب منشئة وأسباب ناقلة، ويقصد بالأسباب المنشئة للملكية تلك التي تكسب بها الملكية ابتداءً، أما الأسباب النالة للملكية فهي التي تكسب الملكية انتقالاً من مالك سابق، والكسب انتقالاً قد يكون انتقالاً مابين الأحياء، أو بسبب الوفاة[2].

(١) الخلفية، هي خلافة شخص آخر في معناها المعروف، إلا أن المشرع الأردني قد توسع فيها فجعلها شاملة لخلفية شيء عن شيء كما في التضمين (د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سبق ذكره، ص٥و٢٨).

(٢) راجع: د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سبق ذكره، ص٨.

الفرع الثاني
موقع الضمان من التصنيف التقليدي

بغض النظر من اعتبار الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية بالخلفية بموجب القانون المدني الأردني، وهذا موقف انتقده الفقه الأردني[1] . فإذا اقترحنا على المشرع العراقي أن يأخذ بفكرة الضمان كسبب لكسب الملكية، وافترضنا أنه وافق على اقتراحنا هذا، فبأي قسم من الأقسام الثلاثة التي عالجها، يوضع الضمان؟ هل يوضع في قسم كسب الملكية ابتداءً، أم في قسم كسب الملكية بسبب الوفاة، أم في قسم كسب الملكية بين الأحياء، أم يسلك سلوك المشرع الأردني ويقر فكرة الخلفية؟

نلاحظ أولاً أنه لايمكن أن يكون الضمان سبباً لكسب الملكية ابتداءً، كالاستيلاء لأن الاستيلاء هو إحراز لمال مباح لا مالك له، فيكون المستولي بإحرازه لهذا المال قد أنشأ ملكيته عليه، أما الضمان فالملك ثابت للمال المضمون ابتداءً وهو ينتقل للضامن بالضمان، إذن فالضمان من الأسباب الناقلة للملكية وليس من الأسباب المنشئة لها.

ولما كان الضمان من الأسباب الناقلة للملكية، فهل يصنف ضمن أسباب كسب الملكية بسبب الوفاة أم مابين الأحياء؟

ليست هناك وفاة حتى نقول أن الضمان سبباً لكسب الملكية بالوفاة كما هو عليه الحال في الميراث والوصية، كما أننا لانستطيع أن نجمع بين الميراث والوصية

(١) راجع ماقبله من البحث.

والضمان بالخلفية، فهذه كلمة فضلاً عن أنها غريبة، فإنها لم تلاق استحساناً من بعض الفقهاء[1].

ولما كان الضمان يكسب الضامن الملكية من وقت نشوء سبب الضمان في مقابل إعطاء المثل أو رد القيمة، فإنه لايكاد يختلف عن عقود المعاوضات التي تفيد التمليك سوى أنه يمثل واقعة قانونية وهذه العقود تصرفات قانونية تستند على أساس مشروع بعكس الضمان، لذا فإنه لامانع من إضافة الضمان إلى عداد أسباب كسب الملكية بين الأحياء، ليصبح الفرع الخاص بكسب الملكية بين الأحياء محتوياً على خمسة أسباب هي : الالتصاق والعقد والشفعة والحيازة والضمان.

المطلب الثاني
التصنيف الحديث وموقع الضمان منه

وهذا التصنيف يسمى بالتصنيف الفقهي أو العلمي[3]، وقد نادى به أحد كبار فقهاء القانون[2]. وفيما يلي عرض لهذا التصنيف في الفرع الأول ومن ثم بيان موقع الضمان منه في الفرع الثاني.

---

(١) كما أن الضمان يشبه الالتصاق فكل منهما واقعة قانونية، وكل منهما يعد سبباً لكسب الملكية بمقابل.

(٣) الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط، ج٩، مرجع سبق ذكره، ص٥ ومابعدها.

(٢) نفس المصدر.

الفرع الأول
التصنيف الحديث لأسباب كسب الملكية

إن هذا التصنيف يشمل أسباب كسب الملكية ومصادر الالتزام كذلك، فهو يقسم مصادر الحقوق سواء أكانت عينية أو شخصية، بل جميع الروابط القانونية، إلى الواقعة القانونية. التصرف القانوني[1].

وإذا أردنا أن نقسم أسباب كسب الملكية بموجب هذا التقسيم الحديث بإرجاعها إلى التصرف القانوني والواقعة القانونية، دخل العقد والوصية في نطاق التصرفات القانونية ودخل الاستيلاء والميراث والالتصاق والشفعة (وذلك الأولوية) والحيازة في نطاق الوقائع المادية.

أما العقد فهو تصرف قانوني صادر من الجانبين، في حين أن الوصية تصرف قانوني صادر من جانب واحد.

والاستيلاء واقعة مختلطة، اختلطت فيها الحيازة المادية وهي عنصر مادي، بإرادة المستولي في أن يتملك في الحال وهي عنصر إرادي، ولكن العنصر المادي هنا هو المتغلب ومن ثم الحق الاستيلاء بالوقائع القانونية.

---

(١) راجع: كتاب الأستاذ السنهوري في التصرف القانوني والواقعة القانونية، مطبعة البرلمان، القاهرة، ١٩٥٣، ١٩٥٤، ص٣٢.

أما بالنسبة للميراث فإن سبب كسب الملكية فيه هو الموت، والموت واقعة مادية. والالتصاق ليس إلا اتحاد شيء بآخر اتحاداً مادياً، فيكسب صاحب الشيء الأصلي ملكية الشيء الفرعي، فالاتحاد المادي إذن هو سبب كسب الملكية والاتحاد المادي ليس إلا واقعة قانونية.

والشفعة واقعة مركبة، اقترن بها الشيوع أو الجوار أو أي ارتباط أخر بين العقار المشفوع فيه والعقار المشفوع به، وهذه واقعة مادية، ببيع العقار المشفوع فيه وهذه واقعة مادية؛ بالنسبة إلى الشفيع، بإعلان الشفيع إرادته في الأخذ بالشفعة وهذا تصرف قانوني، فهذه الوقائع المتسلسلة المركبة يغلب فيها الواقعة القانونية ثم يمكن إدخال الشفعة (ومعها الأولوية) في نطاق الوقائع القانونية.

والحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء أو الحق محل الحيازة، ومن ثم تدخل الحيازة في نطاق الوقائع القانونية[1].

الفرع الثاني
موقع الضمان من التصنيف الحديث

بعد أن عرضنا في الفرع الأول للتصنيف الحديث لأسباب كسب الملكية وصنفنا كل الأسباب الواردة في التشريعات إلي واقعة قانونية وتصرف قانوني، فهل يعتبر

(١) ويسمى الأستاذ السنهوري، الواقعة القانونية بالواقعة المادية، إلا أننا اخترنا التعبير الأول لدقته، حيث إن هذه الوقائع ترتب أثراً قانونياً، ولذا سميناه بالواقعة القانونية.

الضمان تصرفاً قانوني أم واقعة قانونية ؟

عرضنا فيما مضى في مواضع متفرقة من البحث أن الضمان يمكن أن ينشأ عن العقد فيكون محكوماً ببنود العقد، وهذا النوع لا أهمية له في موضع دراستنا هنا لأن العقد هو المحدد لآثاره، أما أنواع الضمان الأخرى، فالذي يحدد آثارها هو القانون لدرجة أنه لاعبرة للإرادة فيها، كضمان الغصب والإتلاف والكسب بلا سبب وغير ذلك، فإن الضمان فيها يعد واقعة قانونية.

وقد يعترض البعض فيقول إن القانون هو الذي يحدد آثار الضمان ومن جملتها دوره كسبب لكسب الملكية، وهذا القول يهون الرد عليه بأن القانون يحدد كذلك جميع آثار أسباب كسب الملكية الأخرى وكذلك جميع آثار مصادر الالتزام، فهل يعني أنه هو المصدر الوحيد للحقوق المالية بنوعيها الشخصية والعينية؟

والتصنيف الذي نراه دقيقاً هو التصنيف الحديث فهو يؤدي إلى وحدة النظم القانونية، لاسيما وحدة مصادر الحقوق المالية بشكل خاص، مع ملاحظة ما سيلي بيانه فيما بعد[1].

وأخيراً نود أن نرد هنا على الرأي الذي يذهب إلى أن أسباب كسب الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر[2]؟ وهذا الرأي لايصح حتى في القوانين التي

---

(١) راجع مابعده من البحث.

(٢) د. محمد وحيد الدين سوار، مرجع سبق ذكره، ص٥.

أضافت للأسباب السبعة المعروضة سببين آخرين هما: الأولوية والضمان، كالقانون الأردني، وذلك لأنه من الممكن أن يكون القانون مصدراً لكسب الملكية وبصورة مباشرة، كدوره في نطاق الالتزام، كما لو صدر قانون يملك شخص معين قطعة أرض معينة، فسبب كسب ملكية الشخص لقطعة الأرض هو القانون. كما لا يفوتنا أن نذكر أن القرار القضائي المنشىء[1] يمكن أن يكون سبباً لكسب الملكية، مثال ذلك: الحكم بالتعويض للمتضرر، فهذا الأخير يتملك التعويض بالقرار القضائي المنشىء، كذلك: تمليك الدار للمتعهد له إذا سكن العقار أو أحدث فيه منشآت بدون معارضة تحريرية من المالك (المتعهد)[2]، فالحكم بتمليك المتعهد له للعقار، يعتبر سبباً لكسب ملكية المتعهد له لذلك العقار حسب وجهة نظرنا. وأسباب كسب الملكية لاتقف عند هذا الحد، فالإرادة المنفردة تعتبر سبباً لكسب الملكية كذلك، إذ أن هذه الإرادة مثلما تلعب أدواراً مهمة في إنشاء الالتزام كالوعد بجعل (بجائزة) وانقضاؤه (كالإبراء) وكسب الملكية (الوصية)، فإنها تلعب دوراً ملحوظاً في كسب الملكية بغير صورة الوصية فما هو مصدر كسب ملكية الجائزة من قبل الشخص الموعود بها بصفة مجردة

---

(١) القرار القضائي المنشىء أو (الحكم القضائي المنشىء) هو الذي يوجد حالة أو مركزاً قانونياً لم يكن موجوداً من قبل، ويجب أن يكون هذا الحكم ملزماً وليس فحسب منشئاً، أي يكون ملزماً بأداء معين (نقلاً عن د. آدم وهيب النداوي ود. سعيد عبدالكريم مبارك، شرح أحكام قانون التنفيذ، مطبعة الجامعة، الموصل، ١٩٨٤، ط١، ص٢٩).

(٢) راجع قرار مجلس قيادة الثورة العراقي المرقم (١١٩٨) لسنة ١٩٧٧، مذكور ومشروح في كتاب د. جعفر الفضلي، الوجيز، مرجع سبق ذكره، ص٨٥ ومابعدها.

بعد أن أتم العمل الموجب للوعد، قد يظن البعض أنه العقد على أساس أن الموعود له بالجائزة قد صدر منه قبول بأخذها وبقبوله المرتبط بإيجاب الواعد يتم العقد الناقل للملكية، إلا أنه قد يفترض أن الموعود له يتملك الجائزة بدون صدور أي صيغة للمقبول من قبله، كما لو وضع الواعد في البنك الذي يتعامل معه الموعود له مبلغاً معيناً من النقود لحساب الأخير، فالمبلغ يضاف إلى رصيده ويصبح من ملكه فإن هو مات(أي الموعود له) فإن المبلغ المذكور ينتقل إلى ورثته دون شك حتى وإن لم يصدر منه أية دلالة على قبوله[1].

وقد يعطى الحق للرأي الذي يذهب إلى أن أسباب كسب الملكية وردت في القوانين علي سبيل الحصر، إذ أن منهج هذه القوانين في تقسيم هذه الأسباب يحمل على الظن أو بالأصح على هذا (الشك)، الذي يجب دحضه باليقين الذي يوجبه العقل في جعل هذه الأسباب واردة على سبيل المثال في القوانين على أساس ماسبق ذكره. عليه فإن من المفروض على واضعي القوانين المدنية أن يصيغوا قوانينهم بلهجة تدل على ترجيح جهة المثال (التمثيل) على جهة الحصر (التحديد). ولهذا فإننا رغم تأييدنا للتصنيف الذي يقسم أسباب كسب الملكية إلى الواقعة والتصرف لما يؤديه هذا التصنيف من وحدة مصادر الحقوق المالية، نذهب هنا -مع ذلك- إلى اختيار منهج في تقسيم أسباب كسب الملكية وظيفته الدالة على أن هذه الأسباب يراد بذكرها المثال وليس الحصر، وفيما يلي درجة هذا لتعميم الافادة:

(١) ووضع النقود في البنك لحساب الغير لايقف عند الوعد بجائزة، وإنما يشمل الفروض الأخرى.

١- أسبا ب منشئة للملكية : وهي الأسباب التي توجد الملكية بعد ان لم تكن ، ويدخل ضمن هذه الأسباب : إحراز المباحات (الاستيلاء) ونص القانون عندما يملك شخص شيء لا مالك له ، وما إلى ذلك من الأسباب التي تدخل ضمن هذا النطاق .

٢- أسباب ناقلة للملكية أصلاً وقصداً ، وهي تتمثل بالوقائع والتصرفات التي وضعت لهذا الغرض أصلاً ، أي وضعت لكسب الملكية أصلاً ودون أن تكون تابعة لغيرها وتشمل ، العقود الناقلة للملكية كالبيع والهبة والقرض والشركة والصلح وغير ذلك كذلك تشمل الحيازة التي وضعت لنقل الملكية ، والقرار القضائي المنشيء والملزم الذي بموجبه يتم نقل الملكية من شخص لآخر أصلاً ، وغير ذلك من الوقائع والتصرفات والنصوص والقرارات الداخلة ضمن هذا النوع من الأسباب .

٣- أسباب ناقلة للملكية تبعاً ، وتشمل كل تصرف أو واقعة لم يوضع أو توضع لنقل الملكية أصلاً ، وإنما وضعت ليترتب عليها آثار قانونية غير نقل الملكية ، لكن نقل الملكية يتبع ذلك التصرف أو تلك الواقعة بصورة غير متقصدة ، وهذا النوع من الأسباب يدخل ضمنه عقد النكاح ، حيث أنه وضع لحل المتعة أصلاً ، ويتبعه نقل ملكية المهر من الزوج إلى الزوجة ، ومن أمثلة هذا الصنف أو النوع من الأسباب الضمان ، إذ أنه وضع كجزاء مدني ضد من وجب عليه كالغاصب ، ولم يوضع كسبب ناقل للملكية أصلاً بالنسبة للمال

المضمون بالضمان، بل جاء هذا التملك تبعاً للجزاء المفروض على الضامن وبصورة غير متقصدة بادىء ذي بدء؛ وهذا مادفعنا إلى اختيار عنوان البحث بـ«دور الضمان في كسب الملكية تبعاً».

٤- أسباب ناقلة للملكية بطريق الخلافة: وتشمل -على سبيل المثال- الميراث (الخلافة الجبرية) والوصية (الخلافة الاختيارية)[١].

بهذه التصنيف نتخلص من بوادر الشك أو الظن نحو اعتبار أن أسباب كسب الملكية وردت في القوانين على سبيل الحصر. فقد تنشأ أسباب في المستقبل تكون بطبيعتها منشئة للملكية أو ناقلة لها، وهي الآن ليست أو قد لاتكون في مداركنا.

(١) وقد استعرض هذه الأسباب بصورة وجيزة، الشيخ محمد عبد الرحيم الكشكي، في كتابه الموسوم (التركة وما يتعلق بها من الحقوق)، دار النذير، بغداد، بدون سنة طبع، ص١٢٢ في الهامش.

الخاتمة:

وتتضمن الاستنتاجات والتوصيات:

أولاً: الاستنتاجات:

١- لقد وقع الخلاف بين الفقهاء المسلمين حول مدى اعتداد الضمان سبباً من أسباب كسب الملكية، فالجمهور يرفضون هذه الفكرة إلا للضرورة، والمالكية يقصرونها على حالة التغيير فحسب، والحنفية يقرون هذه الفكرة دون أن يحرروها من القيود، وقد أنكر معظم الفقهاء المحدثين قاعدة (كسب الملكية بالضمان) على أساس أن السبب المنشىء للضمان يكون عادةً عمل غير مشروع، كالإتلاف والغصب وغيره، فالأخذ بهذه القاعدة قد يؤدي إلى حدوث أثر انعكاسي للغاية التي من أجلها قرر الفقه الحنفي تأسيس القاعدة، وهو اضطراب المعاملات بدلاً من استقرارها، وقد دعا هذا الأمر بالبعض إلى عدم الاعتداد بالضمان كسبب للملكية مادام أن قاعدة الحيازة في المنقول معترف بها في ظل النظام الذي يعترف بقاعدة الضمان، فقاعدة الحيازة تؤدي إلى استقرار المعاملات مثلما تؤدي إليه قاعدة الضمان، وهذا الرأي يكون صحيحاً فيما لو أخذ ذلك النظام بقاعدة الحيازة بالفعل واعتبر الحيازة سبباً للملكية، لهذا فهو لايستقيم مع موقف المشرع الأردني الذي نص على قاعدة (كسب الملكية بالضمان)في المادة (١٠٨٥) مدني، رغم أنه اعترف

بقاعدة الحيازة في المنقول، لكنه لم يعترف بها كأحد الأسباب المكسبة للملكية، بل كمانع لسماع دعوى الملك ضد الحائز شأنه في ذلك شأن موقف القانون المدني العراقي.

٢- هناك قواعد فقهية وقانونية تؤسس عليها كسب الملكية بالضمان، وهي تدل دلالة قاطعة أن هذه القاعدة لا مفر من الاعتراف بها مادام أنها مقررة بحكم المنطق وبقوة التطبيق العملي.

٣- للمحاذير التي تختلج تطبيق قاعدة كسب الملكية بالضمان، فإنه يجب تقييدها بشروط وهي :

أ- أن يكون محل الضمان قابلاً لثبوت الملك فيه ابتداءً.

- تغير المال المضمون.
- وجود المقابل.
- انتفاء قصد تملك المال المضمون لدى الضامن ابتداءً.
- ألا يوجد مانع من موانع الضمان.

٤- يعد الضمان من الأسباب الناقلة للملكية.

ثانياً التوصيات:

في نهاية بحثنا نوصي مشرعي القوانين المدنية لاسيما تلك التي أخذت معظم أحكامها من الفقه الإسلامي وبالأخص فقه المذهب الحنفي الأخذ بقاعدة كسب

الملكية بالضمـان، لما لهذه القاعـدة من دور فعـال في استقـرار المعامـلات، مع بقـاء موقفها تجاه أثر الحيازة المكسب للملكية، وهو أثر سلبي يقتصر على منع سماع دعوى الملك من الغيـر ضـد الحائز، وهو مـوقف كل من القـانونين المدني العـراقي والمدني الأردني.

ومع ذلك فإن الأخذ بقاعدة الضمـان يجب أن يراعى فيه الشـروط الواردة في البحث، وفيما يلي أورد بعض النصوص المنظمة لقاعدة كسب الملكية بالضمان، كي تكون نموذجاً لمن يرحب الأخذ باقتراحنا:

النص الأول: من قام بعمل يستوجب الضمان، وأدى عمله إلى تغيير المال كله أو بعضـه، فإن المالك بالخيـار: إن شاء استـرد المال مع حقـه في المطالبـة بالتـعـويض عن الأضـرار الأخـرى، وإن شـاء ترك المال للضـامن وطالبـه بالضـمـان مع حقـه في التعـويض عن الأضـرار الأخـرى. ولاخيـار للضـامن إذا تعـمد تغيـير المال تذرعـاً بقاعـدة كسب الملكية بالضمان.

النص الثاني: يملك الضامن المال المضمون بالضمان من وقت حدوث السبب المنشىء له.

النص الثالث: لايجوز عوض العين المراد ضمانها إن كانت باقية لم تتغير كلاً أو بعضاً، ويجبر المالك على أخذها مع التعويض عما لحقه من ضرر وما فاته من كسب.

المراجع الأساسية

نورد أدناه أهم المراجع الأساسية للبحث بالإشارة إلى المؤلف واسم الكتاب، وللحصول على المعلومات الأخرى تراجع هوامش البحث.

١ - الأستاذ علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي ، القسم الأول .

٢ - د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان .

٣ - د. محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي .

٤ - يوسف محسن محمد علي، الضمان الناشيء عن العمل غير المشروع .

٥ - د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية الأصلية، ج٢ .

٦ - د. السنهوري، الوسيط، ج٩، أسباب كسب الملكية .

٧ - عبدالجبار حمد شرارة، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي .

٨ - منير القاضي، شرح مجلة الأحكام العدلية .

٩ - الكاساني، بدائع الصنائع، ج٧ .

١٠ - الشيرازي، المهذب، ج١ .

١١ - الرشداني، الهداية، ج٤ .

١٢ - الرملي نهاية المحتاج، ج٥ .

١٣ - ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد، ج٢ .

١٤- السرخسي، المبسوط ، ج١١ .

١٥- الزيلعي، تبيين الحقائق، ج٥ .

١٦- ابن نجار الحنبلي، منتهي الإرادات، ج١ .

١٧- ابن حزم الظاهري، المحلى، ج٨ .

١٨- د. عبدالسلام داؤد العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، القسم الأول .

١٩- د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي .

٢٠- السيد سابق، فقه السنة، ج٩ .

٢١- عبدالقادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي، ج٢ .

٢٢- د. أحمد الكبيسي، أحكام السرقة في الشريعة الإسلامية والقانون .

٢٣- السيوطي، الأشباه والنظائر .

٢٤- ابن نجيم، الأشباه والنظائر .

٢٥- د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية .

٢٦- محمد طه البشير و د. غني حسون الطه، الحقوق العينية .

٢٧- جبار صابر طه، إقامة المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع على عنصر الضرر .

The Role of Guaranty In Subsequent Ownership

By
Mohammed Sulaiman Al-Ahmad
Lecturer, Faculty of Law,
Mosil Universityand Legal Department of Neenawa Institute

The researcher explained the role of guaranty in the subsequent ownership in four topics; the first focuses on jurisprudents discussions about the possibility of accepting the principle of ownership as a result of guaranty, while the 2nd he indicates the rules (jurisprudential & legal) required for ownership resulting from guaranty. In the 3rd topic the researcher focused on he conditions required for such ownership, and in the 4th defines ownership resulting from guaranty, supported by Islamic jurisprudents and positive laws. The research was ended by the researcher's conclusions and recommendations.



ثانياً

وقائع الندوات والورش
(جزء غير مُحكّم)



وقائع حلقة نقاش

« أحكام الدية شرعا وتقنينا وقضاء »

والتي نظمها

قسم المعاملات
بكلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

يوم الاثنين الموافق ٢٩/١١/١٩٩٩م

إعداد وتفريغ

الأستاذ/ سليمان نعيم الراعي

المساعد العلمي بكلية الشريعة والقانون

مقدمة:

الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿ومن قتل مؤمناً خطأً فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾. وأما السنة: فقد رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمرو بن حزم كتاباً إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه: «وإن في النفس مائة من الإبل» وقد أجمع العلم على وجوب الدية في الجملة.

وتعتبر مسائل الدية من المسائل التي تثير خلافاً في يومنا هذا لاسيما في ظل ظهور القوانين الوضعية التي تناولت مسائل متعلقة بالدية، لذلك جاء عقد هذه الحلقة العلمية والتي ضمت مجموعة من العلماء ورجال القضاء والمحامون. . لمناقشة هذه المسائل وإبداء الآراء حولها خاصة وأن القضاء الإماراتي يزخر بالعديد من الأحكام القضائية المتعلقة بالدية. وقد ناقش المجتمعون عدة محاور نوجزها على النحو التالي:

(١) طبيعة الدية الشرعية والقانونية.

(٢) أحكام الدية التي ذكرها قانون العقوبات الاتحادي وقانون المعاملات المدنية "دية القتل الخطأ".

(٣) رأي العلماء في دية المرأة - رأي القضاء في دية المرأة: المحكمة الاتحادية العليا. محكمة تمييز دبي.

(٤) مدى جواز تجزئة الدية كالآتي :

١-تحمل المتهم جزءاً ومتولي الرقابة جزءاً آخر .

٢-تحمل الضحية جزءاً من الدية إذا كان مشتركاً بخطئه في موته أو إصابته .

(٥) تعدد الديات للإنسان الواحد (للضحية) عن جريمة واحدة : كإصابته بقطع الأنف وقطع العين وقطع اليد مثلاً .

(٦) هل يجوز التعويض عن الدية والأضرار الأدبية والمادية الأخرى؟

(٧) إذا اشترك الضرر الذي أصاب الشخص الواحد تحت أحكام أكثر من قانون – مثلاً قانون العقوبات وقانون العمل .

(٨) هل يحق للمؤمّن على نفسه لصالح الغير أن يأخذ الدية من الجهة التي تسببت في إصابته مع المؤسسة التي أمن لديها على نفسه؟ وهل يجوز أن يؤمّن على نفسه لدى أكثر من جهة؟

(٩) هل قيمة الدية تدخل في التركة ويستفيد منها الدائنون؟

(١٠) هل يجوز الحكم بقيمة الدية الشرعية بأكثر من ١٥٠ ألف درهم أو إنقاصها بحسب ارتفاع الذهب أو نقصانه (ألف دينار)؟

(١١) لو وجد مشروعا لأجزاء الدية بحيث يحدد قيمتها هل في ذلك تسهيل على القضاة؟

(١٢) هل يجوز إعطاء الدية عن الجَمَال الذي تسبب الجاني في ذهابه؟

(١٣) هل نطبق الدية فيما ذكره الفقهاء بالنسبة لأهل الكتاب أو المشركين من غير أهل الكتاب؟ .

بدأت الحلقة بكلمة الدكتور جاسم علي سالم الشامسي- رئيس القسم قائلاً:

" يطيب لنا أن نلتقي بكم في هذه الليلة الطيبة عبر حلقة نقاش متخصصة لها جوانب دينية واجتماعية وأخلاقية متعددة، لنقلي الضوء على إحدى القضايا المهمة ومناقشتها وتشخيص جوانبها وطرح الحلول لها من قبلكم كمتخصصين وعلماء ذو دراية بموضوع النقاش، ونتمنى أن تكون هذه الحلقة سُنة لقسم المعاملات لعقد مثل هذه الحلقات النقاشية. وموضوع الدية كما هو معلوم له أبعاد مختلفة ومشكلات تبرز على الواقع الاجتماعي بعد أن أخذ قانون المعاملات المدنية الاتحادي بتطبيقها في أحكام الفعل الضار وقد أجتهدت المحاكم في الدولة في تطبيق أحكام الدية كعقوبة وتعويض.

ثم أعطيت الكلمة للأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة- عميد الكلية هذا نصها: " باسم كلية الشريعة والقانون أتوجه بالشكر الجزيل لقسم المعاملات لعقد هذه الحلقة وأرحب بكم لحضوركم ومشاركتكم في هذه الحلقة .

وأريد أن أنوه بأن الموضوع يتسم بقدر كبير من الأهمية خصوصاً في دولة الإمارات العربية المتحدة ذلك أنه يستمد هذه الذاتية الخاصة نظراً لأخذ المشرع

الإماراتي بنظام الدية جنباً إلى جنب إلى نظام التعويض المعروف في قانون المعاملات المدنية، فضلاً عن أن اعتبار الدية عقوبة في قانون العقوبات الاتحادي الأمر الذي طرح بالفعل كثيراً من التساؤلات أصبحت الآن وبدون أدنى مبالغة بحاجة إلى إجابة محددة، فضلاً عن أن القضاء الإماراتي بما هو معروف عنه -حقيقة- تصدى بشجاعة لكثير من هذه الموضوعات وطرح آراء لدرجة أننا الآن نستطيع أن نقول بأن هناك قضاءً إماراتياً في كثير من الموضوعات، على سبيل المثال في دعاوى التعويض وأخرى موضوعات لعل منها مدى إمكانية الجمع بين الدية والتعويض، مدى إمكانية التنازل عن الدية، ماهي مدة عدم سماع هذه الدعوى وهل هي نفس مدة عدم سماع دعوى الضمان الناشيء عن الفعل الضار، وغير ذلك من تلك الموضوعات التي من الأكيد لطرحها ومشاركتكم فيها من المفيد لنا جميعاً" .

وتناول المشاركون بعد ذلك المحور الأول لطرحه حيث دار حول طبيعة الدية الشرعية:

وتحدث الأستاذ الدكتور عبدالسميع أبو الخير قائلاً:

" من حيث الإجماع الفقهي نجد بأن الإجماع منعقد على أن الدية مستحقة للمجني عليه أو لورثته ومع ذلك فإن الفقه المعاصر اختلف اختلافاً بيناً حول الطبيعة الشرعية للدية. جانب من الفقه ومعه بعض أحكام القضاء يذهب إلى أنها من قبيل العقوبة الخالصة ، اتجاه آخر يرى أنها من قبيل التعويض الخالص، اتجاه ثالث يحاول

الجمع بين النظريتين. بالنسبة للاتجاه الأول فقد اعتمد على أدلة كثيرة منها على سبيل المثال أن الدية محددة بنص الشارع فضلاً عن أنها متساوية في جميع الحالات المستوجبة لها ولو كانت من قبيل التعويض لاختلفت من حالة إلى أخرى تتبع حجم الخطر واختلاف المجني عليه. وبرزت مناقشات كثيرة حول هذا الموضوع منها أن الدية أشبه ماتكون بالغرامة الجنائية كعقوبة مالية سنها المشرع، ولكن هذا القول محل نظر! لأنها ليست شبيهة على الإطلاق بالغرامة الجنائية كون أن هذه الغرامة تؤول لخزينة الدولة وذلك بخلاف الدية التي تؤول المصلحة فيها إلى المجني عليه أو ورثته فضلاً عن أنها تتمثل في مال وذلك بخلاف الدية الكفارة التي قيل بأنها شيئية فيها فقد تتمثل في صيام. . وقد درست هذا الموضوع وانتهيت إلى أن اتجاهات الفقه المعاصر حول تكييف الدية في الفقه الإسلامي لن تؤدي إلى النتيجة التي يريدها الفقه لأن المعايير التي استند إليها الفقه القانوني معايير قانونية مختلفة فكل فقه له صناعته التشريعية الخاصة، وكذلك الفقه الإسلامي فهو صناعة تشريعية خاصة، فالمعايير التي استند إليها الفقه الوضعي للوصول إلى تكييف طبيعة الدية يبدو أنها لن تؤدي إلى نتيجة لا لشيء إلا لأنها معايير تتفق والفقه الوضعي وفلفسته. وقد انتهيت إلى أنه من قبيل التعويض لاعتبارات أساسية، الأول: إن المشرع الإسلامي أوجب الدية في بعض الحالات التي لاتعتبر جريمة على الإطلاق مثال ذلك: عديم التمييز فهو يفتقد الأهلية الجنائية ومع ذلك أوجب الشارع في حالة الدية وفي بعض الحالات

التي نص عليها المشرع في حالة القتل العمد إذا توفي الجاني قبل تنفيذ القصاص فيه فإن الدية تجب في ماله . وأمر آخر فإن الشارع الإسلامي يرى بأن الدية في بعض الحالات تثبت بطريق القياس ومن المسلم به أنه لاقياس في العقوبات والدية . الفقه الوضعي كله ينظر إليها على أنها بدل عن المجني عليه والحقيقة أن النظرة الشرعية لا تنظر إلى الدية كذلك، آية ذلك أنه لو اشترك أكثر من واحد في قتل شخص وسقط القصاص لأي سبب فإنه تجب دية واحدة ولو كانت بدل عن المجني عليه لتعددت الدية في هذه الحالة . ومن ثم فإن المعيار الذي ينتج التكييف الشرعي للدية لابد أن يكون منبثقاً من خلال الفقه الإسلامي وأدواته وصناعته التشريعية وصولاً إلى ا لنتيجة التي يبتغيها الذي يريد معرفة طبيعة الدية ، وقرأت كثيراً من أحكام المحكمة الاتحادية العليا ورأيت أنها تفاوتت بين أكثر من اتجاه بين كونها عقوبة محضة وأنها تجمع بين العقوبة والتعويض في آن واحد وهذا الاختلاف فيما يبدو لي سببه الرئيسي يتمثل في أن من يتصدى لفقه مسألة قانونية معينة أو ينظر في واقعة معروضة على القضاء يستصحب ثقافته القانونية ويلبسها عمامة القانون الإماراتي وكثيرة هي الوقائع والأحكام التي رأيت أن الحكم فيها لايتفق مع مضمون النص القانوني ومنها الدية" .

عقب فضيلة القاضي حسن الحمادي - محكمة أبوظبي الاستئنافية ، حول النقطة السابقة بقوله :

" لعل الأمر وإن كان المتحدث قد أشار إلى نقطة معينة إلا أنه لو رجعنا إلى أحكام المحكمة الاتحادية العليا في بدايات تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية لرأينا أنها كانت في البداية تقرر بأن الدية هي عقوبة في الأحكام الجنائية واستقر الأمر فترة معينة باعتبار أن هذه المسألة أثيرت بصدد مدى جواز الجمع بين الدية والعقوبة التعزيرية في جريمة القتل الخطأ. وقد انتهت المحكمة الاتحادية العليا في أحكام عديدة إلى أنه لايجوز الجمع بين الدية والعقوبة التعزيرية بالحبس والغرامة ثم عدلت ذات المحكمة عن هذا المبدأ لتقر مبدأ آخر يجيز الجمع بين الدية والعقوبة التعزيرية وهنا مدار بحث محكمة النقض في مدى طبيعة الدية فهل هي عقوبة أم تجمع بين العقوبة والتعويض؟ فكانت في البداية ترى بأنها عقوبة محضة وما يؤيدها نص المادة ٢٦ ، ٢٩ من قانون العقوبات الاتحادي وإن كانت هناك ثقافات قانونية والنص صريح ولهذا كان هنا محض الخلاف بين أحكام " محكمة الاتحادية العليا بين هل الدية عقوبة أو تعويض؟ أو مدى الجمع بين الدية والتعويض؟ ثم بعد ذلك عدلت الجمعية العمومية عن هذا المبدأ وقررت الجواز بين الدية والعقوبة التعزيرية وفي هذه الأحكام أقرت بأن للدية طبيبعة مختلطة ومازالت الأحكام مستقرة متى هذه اللحظة على أن الدية عقوبة وتعويض.

وقد أبدى الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة مداخلة :

" ربما أصبح القضاء الإماراتي مستقراً، فقضاء المحكمة الاتحادية العليا

ومحكمة تمييز دبي مستقر على أن الدية مختلطة و ربما كان مفيداً أكثر للواقع الإماراتي أن نبدأ بالمناقشة من هذا المنطلق لأن هذا التكييف هو الذي يطرح العديد من المشاكل" .

وقد طرح الدكتور جاسم علي سالم الشامسي سؤالاً هو :

"كما هو واضح من نص المادة الأولى في القانون الذي يحدد مقدار دية "المتوفى خطأ" بـ ١٥٠ ألف درهم، هل في حالة القتل العمد وفي حالة العقود المطالبة بالدية هل يمكن قياس هذه الدية بالدية الواردة في حالة القتل الخطأ" ؟

د. حسين محمد مطر البلوشي من كلية الشريعة والقانون مجيباً لهذا السؤال :

"التغليظ بالدية لايكون إلا في الإبل ماعدا الإبل فلا يغلظ أياً كان سواء كان ذهباً أو فضة ، وقد نص عليه حديث الرسول صلى الله عليه وسلم" .

د. جاسم علي سالم الشامسي :

"لو افترضنا بأن هناك شخص في ظل هذا القانون وأراد أن يدفع إبلاً، هل القضاء يمنعه من ذلك" ؟

د. حسين محمد مطر البلوشي مجيباً :

"القضاء المعمول فيه هنا هو الفقه المالكي، والمالكية يقرون بأن الإبل لاتكون إلا في البادية فقط، أما أهل المدن فيلتزمون بالعملة التي عندهم، فإن كانوا أهل ذهب

فيدفعون بالذهب وهكذا . . . "

ويشير فضيلة القاضي سومي زيدان من محكمة العين الشرعية إلى هذه النقطة بقوله :

" المداخلة في هذه المسألة فيما يتعلق بمسألة التغليظ في الدية ، عما إذا كانت ستنشىء مشكلة فيما إذا وردت حالة من حالات التغليظ . أولاً : هي أن المادة الأولى من قانون العقوبات الاتحادي التي تُحكِّم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في القصاص والدية والحدود . . تجيب على هذا السؤال ذلك أن المادة ١ من القانون رقم ١٧/ ٩١ تكلمت عن ا لقتل الخطأ ، فإذا جاءت حالة من حالات التغليظ فإن المحكمة تسير إلى تطبيق أحكام المادة الأولى فتنتقل إلى الأحكام الشرعية الواردة في الفقه وتطبق ما أشار إليه الدكتور حسين محمد مطر في التفرقة بين أهل المدن والبادية بحسب الحالة المعروضة . . وتأتي مسألة هل الورق والذهب مستخدم أم لا؟ والواضح اليوم بأن العملة الورقية هي المستخدمة ، ولكن هل يطبق القضاء العملة الورقية في مسألة التغليظ؟ فهذه مسألة خلاف . فهناك من يقول بالقياس على أقرب أهل بادية إلى المدينة . وهناك من يقول أنه ليس هناك تغليظ في المسألة النقدية ، وأن هذه المسألة متروكة للناس أن تبحث وتقر " .

د . جاسم علي سالم الشامسي :

نتنقل الآن إلى محور آخر حول مدى جواز زيادة مبلغ الدية إذا رأى القاضي أن

الدية الآن وصلت بمقدار ألف دينار -كما هو معروف في الشريعة الإسلامية- إلى أكثر من المبلغ المحدد في القانون؟

فضيلة القاضي حسن الحمادي :

" إن قانون تحديد قيمة الدية الصادر إنما هو معادلة للدية وقد استقرت أحكام الاتحادية العليا في أكثر من ثلاثين طعناً على أنه يعتبر معادلة للدية شرعاً بالنقود الورقية التي يجري التعامل بها ، وبالتالي إذا ثبت للقاضي من واقع الخبرة وبسؤال المصرف المركزي أن القيمة المعادلة للدية ١٠٠ من الإبل أو ألف دينار تتفاوت بحسب انخفاض سعر الذهب وارتفاعه فيمكن له أن يزيد أو ينقص ولهذا نرى أن المشرع في بداية السبعينيات قد حدد الدية بمبلغ ٣٥ ألف درهم ثم ارتفعت إلى ٧٥ ألف درهم ثم إلى ١٥٠ ألف درهم وهي معادلة ولو بقينا على مبلغ ١٥٠ ألف درهم سيؤدي ذلك إلى الافتئات على نص قطعي الدلالة والثبوت وللقاضي بالتالي أن يقدر ذلك . والقضاء العالي نفسه قد استقر على هذا الكلام . وإن كانت لاتوجد من الناحية العملية وقائع وإن كنا في بعض الدعاوى حاولنا رفع المبلغ لكننا حسبنا ذات مرة قيمة الدية فوجدناها تساوي المبلغ المحدد بالنص .

الدكتور محمد بنداري كلية الشريعة والقانون، يقول :

" بالنسبة لمقدار الدية المحدد بنص القانون أعتقد أنه لو احتاج لمراجعة فيفضل أن يكون بواسطة ولي الأمر كلما دعت الضرورة لذلك حتى لايختلف مقدار الدية من

دائرة إلى أخرى ومن محكمة إلى أخرى.

الدكتور حسين محمد مطر البلوشي:

بالنسبة للدية لو نظرنا إليها منذ بدء نزول هذا الحكم في الشريعة الإسلامية لوجدنا بأن الأصل لايتغير سواء كان ذهباً أو إبلاً أو فضة، أما القيمة فهي التي تتغير حسب الارتفاع والانخفاض، وأرى بأن القانون الإماراتي قد استنبط هذا الحكم من الأصل، ففي أيام الرسول صلى الله عليه وسلم كان مئة ثم بعد ذلك في أيام عمر رضي الله عنه فاختلفت.

ويتحدث فضيلة القاضي بيه بن السالك من محكمة العين الشرعية حول هذه النقطة قائلاً:

"موضوع الدية كما قال الإخوان الأصل في الشريعة ١٠٠ من الإبل وقومها عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "ألا إن الإبل قد غلت وأرى أن تقوم". والتقويم الحالي يرجع إلى ولي الأمر لأنه إذا قوم قيمة لايمكن للقاضي أن يعدل فيها إلا بأمر جديد من ولي الأمر نفسه.

فضيلة القاضي حسن الحمادي:

ماذا لو استمر العمل بالقانون فترة من الزمن واختلفت الأسعار، حيث لا مظناً بأن المشرع تأخر بالتعديل فترة وصلت ١٥ سنة وهو شيء واضح وبذلك ضاقت

المحاكم فكان هناك قرار وزاري داخلي يرفع المبلغ إلى ١٥٠ ألف بالرغم من أنه غير قانوني وكانت المحاكم تلتزم به ضمناً .

فضيلة الشيخ بيه بن السالك :

نرى بأن التقويم يكون بقرار من ولي الأمرفقط " .

ويتدخل الأستاذ الدكتور محمد وفا من كلية الشريعة والقانون حول هذه النقطة قائلاً :

" مسألة أن ولي الأمر يتدخل هي مسألة في غاية الأهمية وترجع هذه الأهمية لتتوحد جميع أحكام القضاء على مستوى الدولة ، فلو فتحنا الباب بمصراعيه أمام القاضي لتضاربت الأحكام واختلفت وربما أصبح هناك زعزعة في القضاء ولابد أن يلتزم القاضي بما هو مقنن ولا يجتهد والقاعدة الشرعية واضحة ، " لا اجتهاد مع نص " في الأمور الشرعية حتى تتوحد أحكام القضاء في جميع محاكم الدولة وحتى لايحدث بلبلة واضطراباً بين الناس .

ويقول فضيلة الشيخ طالب المفتي بمحكمة العين الشرعية :

" هذا الموضوع درسناه وراجعناه وأن الأصل لايتغير وإنما القيمة تعلوا وتنخفض ، فالألف دينار لاتتغير ومئة من الإبل لا تتغير حيث أصبحت الناقة اليوم بمئة ألف درهم ، والأصل أصبح عالياً ، فلا مانع من ارتفاع القيمة " .

ويعلق د. أحمد صدقي من كلية الشريعة والقانون حول هذا الموضوع بقوله :

بعد سماعي لآراء الإخوة حول نص المادة الأولى بتحديد مبلغ الدية إلى ١٥٠ ألف درهم بعد أن كان بمبالغ أقل نظراً لتغير قيمة العملة من وقت إلى آخر، لكنني أتصور وأوافق الذين قالوا بضرورة التدخل وتغيير القيمة باعتبار أنه أمر وارد ومنطقي لأن النص من وضع البشر ولابد من مواكبة التطور ومنها تغير قيمة العملة، وأتصور أن القاضي لايستطيع أن يعدل مع وجود صراحة النص بالرفع ، وقد تكون هناك محاولات في القضاء لرفع القيمة ولكنها تصدم بالنص وأرى أن هذه المشكلة يمكن أن تحل من خلال تعديل النص ليكون على النحو التالي : تحدد . . . . بما يعادل الدية الشرعية وقت ارتكاب الفعل . . . . " وبالتالي فإنني أعطي للقاضي سلطة مرنة، وأضيف بأن على القاضي أن يستعين بأهل الخبرة في تحديد مايعادل قيمة الدية الشرعية ومن هذا المنطلق فإننا نوفر على المشرع التدخل للتعديل " .

د. جاسم علي سالم الشامسي :

" المحور الثاني يدور حول دية المرأة حيث أن هناك خلاف بين محكمة تمييز دبي والمحكمة الاتحادية العليا . والسبب في ذلك اختلافهم في تفسير نص المادة الأولى من القانون المتعلق بتحديد مبلغ الدية . كما هو واضح من المبادىء التي أقرتها كل من الاتحادية العليا وتمييز دبي، وهي مسألة شائكة " .

فضيلة الشيخ بيه بن السالك :

المرجع هو الدليل الشرعي وقد انعقد الإجماع السكوتي على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولكن بن علي وابن الأصم قالوا بالمساواة بين الرجل والمرأة في الدية . واعتمد على حديث " في النفس المؤمنة مئة من الإبل . . . " ونجد أن هذا العموم الذي استدلوا به معترض لأنه مخصص بكتاب النبي صلى الله عليه وسلم الذي كتبه لابن حزم وحدد فيه الديات والأسنان وكل شيء ، وللمرأة النصف من دية الرجل وهذا الكتاب وإن كان صحيفة ، فقد تلقته الأمة بالقبول وانعقد الإجماع عليه وقالوا شهرته أغنته عن السند ، ثم يأتي المتأخرون ويقولون بأن هذه النظرة نظرة اقتصادية ولو نظروا إلى حرمة النفس لعدلوا بين الرجل والمرأة في الدية وان عُلي وأبو حاتم خلافهم لايخدش في الإجماع أبداً .

أ . د . محمد المرسي زهرة :

" نعلم جميعاً أن المحكمة الاتحادية العليا قد تواترت أحكامها الآن على أن دية المرأة نصف دية الرجل على عكسها تماماً تمييز دبي ، وفي تصوري أن الخلاف هو في نص المادة الأولى من القانون الذي يحدد مقدار الدية بـ ١٥٠ ألف والنظرة في تفسير هذا النص ، لأننا لو قلنا بأن هناك نصاً صريحاً يحدد مقدار الدية فلا يمكن أن نعود لأحكام الشريعة الإسلامية وأنا أتكلم عن المعاملات المدنية نص م/ ١ معاملات مدنية ، فإذا اعتبرنا أن هذا النص يحدد مقدار الدية كما ذهبت محكمة تمييز دبي

اعتماداً على اللفظ المطلق "المتوفى" أما المحكمة الاتحادية العليا فقد ذهبت إلى العكس تماماً إلى أن المادة الأولى لاتحدد مقدار الدية بل هي معادلة قيمة الدية بالعملة الورقية السائدة الآن وبالتالي فليس هناك نص ونعود بالتالي لأحكام الشريعة الإسلامية والرأي الراجح قطعاً في الفقه الإسلامي هو أن دية المرأة هي على نصف دية الرجل. وقد لاحظت بأن كثيراً من المحدثين على عكس القدامى يميلون إلى المساواة أو التسوية ربما لأنهم حكموا العقل وليس النقل ونعلم تماماً أن الأصل هو النقل لا العقل، لكن حتى في القدامى هناك من يقول بأن دية المرأة مساوية لدية الرجل وهم قلة لا يعتد بها فما المانع أن نأخذ برأي القلة وهو مجرد تساول فقط؟ كما هو الحال في الوصية الواجبة!!"

فضيلة المفتي طالب من محكمة العين الشرعية:

"نعارض القائلون بالمساواة بين دية الرجل والمرأة ذلك أن قول بن عُلي وأبو حاتم محل خلاف لايعتد بهما ولايجوز الخروج على السنة النبوية الشريفة وهو ما نسأل عنه يوم القيامة، وهو ماذهب إليه عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود وابن عباس..".

ويداخل فضيلة القاضي محمد يس، من محكمة العين الشرعية المتحدثون قائلاً:

"الحقيقة بأن دية المرأة عندما نأتي لعموم الآية فإننا نجد أنها تتكلم عن قتل المؤمن الخطأ في قتله الدية، وهذه الآية لم توضح المؤمن إن كان ذكراً أو أنثى لكن

العلماء والإجماع حجة كون لاتجتمع الأمة على ضلالة، وموضوع الإجماع أخذه العلماء من الصحيفة التي كتبت لابن حزم ومن واقع وضع المرأة في الفقه الإسلامي وأن لها نصف الرجل في الميراث وشهادة امرأتين لرجل واحد ، أذكر أنه في سنة ١٩٧٨ كان يوجد رأي أثير في المحكمة العليا بأن دية المرأة تكون مساوية لدية الرجل نتيجة لبعض الآراء من الفقهاء اللذين أشاروا إلى هذا إلا أن صدر توجيه من وزير العدل الأسبق لتصبح الدية نصف دية الرجل حتى يومنا هذا، ونحن كقضاة تحكمنا أحكام المحكمة الاتحادية العليا أما إذا كانت هناك أحكام حتى داخل المحكمةالاتحادية العليا تختلف فعليها أن تعالج هذا الموضع والمسائل القانونية وتحدد أي تطبيق أصح للقانون ، وإذا كان الموضوع متروك للرأي ولاتحدده أحكام شرعية فيمكن للناس أن يجنحو إلى مايريدون حتى أنهم يمكن أن يزيدوا من دية المرأة على الرجل" .

ويبدي فضيلة القاضي حسن الحمادي ملاحظة حول هذه ا لنقطة بقوله :

نلاحظ أنه يحكمنا قانون العقوبات الاتحادي وقانون المعاملات المدنية حيث أن قانون العقوبات في م/ ١ لم يحدد رأي فقهي معين عند تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والمحكمة الاتحادية العليا ذهبت دونما دليل إلى أنه المذهب المالكي، أما قانون المعاملات المدنية فقد ذهب إلى " تطبق أحكام الدية " نص عام فترجع إلى م/ ١ ونحن مستقرون في القضاء المدني على أن دية المرأة في المعاملات المدنية على النصف كون النص صريح . أما قانون العقوبات فالرأي مازال غير مستقر عليه .

وأقول بأنه لايوجد نص قطعي في دية المرأة هنا في الإمارات أما الإجماع فهو سكوتي ومدى حجية هذا الإجماع فهو محل خلاف قولاً واحداً. وابن رشد يقول: لابد من معرفة أعداد المجتمعين وصفاتهم . . وهو ثابت في إعلام الموقعين. عمر بن الخطاب أصدر قانوناً على النصف ولم يعارض أحد من الصحابة والمسألة اجتهادية ، والنص صريح إن في النفس المؤمنة مئة من الإبل. أما ما يذكر من حديث عمر بن حزم فلم يثبت هذا الحديث ارجع إلى الصفيحة . . وبالتالي يرجع إلى القواعد العامة ومادام أن المسألة فيها رأيان فلماذا تقيد ما أطلقه المشرع ، ولماذا لا نطبق رأي بن عُلي ومن قال بأنه ضال مضل قرين على قرين وقول الأقران لايقبل وهو عالم جليل " .

ويعلق الدكتورسعد الدين دداش ، كلية الشريعة والقانون على الموضوع بقوله :

" أريد فقط أن ألفت النظر إلى قاعدة أصولية ذكرها العلماء تؤصل مسألة الدية والفروع التي تبنى عليها. ذلك ماذكره بعض العلماء وأخص بالذكر الإمام القرافي في الفروق ، وهي مسألة ترجع إلى أصل يقول: ماصدر عنه صلى الله عليه وسلم لاتعدو أن تكون قد صدرت منه صلى الله عليه وسلم بصفته قاضياً وحاكماً ، ومنها ما صدر عنه بصفته مبلغاً ومشرعاً . . . . وكل مسألة يجب أن تؤخذ على حدة . فما صدر عنه بصفته قاضياً حاكماً فلا بد أن يرجع فيه إلى ولي الأمر هو الذي يبت فيه كقوله صلى الله عليه وسلم " . . . من أحيا أرضاً مواتاً فهي له " ، و منها مايرجع إلى أهل العلم والاجتهاد ويمكن الجمع بين هذا وذاك ويمكن لولي الأمر أن يرجع إلى أهل

الخبرة في مثل هذه الأمور، ثم مسألة أخرى وهي مسألة الدية والقتل وهي مسألة لم يغفل عنها علماؤنا، فقد ذهب الشيخ مصطفى الزرقا رحمه الله إلى أن الدية ليست من قبيل العقوبة بل من قبيل التعويض وهو ماذهب إليه جمهور العلماء، ثم أن الدية لاتختص بالعمد العدوان ولا ببقية مادون النفس وإن كان فيما دون النفس خلاف لكنه لم يخرج على المذاهب الأربعة، وخلاصة القول بأن المشرع الحكيم عندما قال بنصف دية الرجل نظر إلى الظروف الاجتماعية التي تحيط بالمتوفى في ذلك الزمان ولابد أن نبقى على تلك النظرة . ذلك أن المرأة دون الذكر ذلك أنه يسعى على الذرية والأولاد. . وهو أمر مسلم به.

د. جاسم الشامسي:

" من المعروف أن دولة الإمارات تشتمل على العديد من الأديان المختلفة وقد طرح العلماء لهؤلاء دية حسب دين وطائفة كل واحد، ونرى أن المحاكم قد ساوت بينهم جميعاً، فهل هذا يجوز؟ ومذهب الإمام مالك قد أوضح هذه المسائل بالتفصيل وفرق بين المسلم والكافر في الدية؟ "

فضيلة القاضي إبراهيم العظامي، محكمة العين الشرعيةيقول:

" بالنسبة لما أشير إليه من دية الرجل والمرأة والمسلم والكافر ففي هذه الحالة هناك خلاف معتبر وأقر ولي الأمر بشيء في هذا الأمر فلا بد من إطاعة ولي الأمر في هذا الموضوع لأن قوله معتبر والمساواة موجودة بغض النظر عن دية الهندوس فله وضع

خاص حيث أنها تتماثل مع دية المرأة" .

د. قاسم عبدالحميد الوتيدي، كلية الشريعة والقانون :

" إخوتي الأفاضل عندما نريد أن نستقي أحكام الفقه الإسلامي ، فلا بد أن ننظر إلى هذه الأحكام مستقاة من مصادر يجب أن تكون قريبة كالآتي :

القرآن، السنة ، الإجماع، ويجب أن ننظر إلى القرآن فيما يتعلق بدية المرأة والرجل. فعندما يقول القرآن: ﴿وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ﴾ فهل هنا عندما ننظر إلى المرأة أليست المرأة المقتولة كالرجل أم هي نصف قتل حتى تجعل ديتها نصف دية الرجل، ثم في آية أخرى في القرآن الكريم ﴿من عمل صالحاً من ذكر أو أنثى وهو مؤمن﴾ فلفظ المؤمنة داخل في لفظ المؤمن من باب التغليب ولذلك أرى وأرجح الرأي القائل بالمساواة بين دية المرأة والرجل لأننا نستقي ذلك من القرآن الكريم فعندما أقول أن دية المرأة نصف دية الرجل على أي أساس، على أساس هل قتل المرأة خطأ نصف قتل أم هو قتل كامل؟ "

د. جاسم الشامسي :

" رأي المتحدث هو وجهة نظر وهناك من قال به من المحدثين لأنه إذا قتل رجل آخر عوقب بالقتل وإذا قتل امرأة عوقب بالقتل كون هذه العقوبة أصلية أما الدية فهي عقوبة بدلية والتي هي محل الخلاف" .

أ. د. عبدالسميع أبو الخير، كلية الشريعة والقانون:

" رحم الله الإمام ابن القيم الذي قال: كثيرة هي القضايا التي أبدي فيها الإجماع ولا إجماع، هذه واحدة. الأمر الثاني من الشروط التي وضعها الفقهاء للاجتهاد أن يكون المجتهد عالم بواقع الحال أو الذي يعبر عنه بتحقيق المناط، فهل واقع الحال وتحقيق المناط ونحن في مجتمع العولمة كما يقولون أن نقدم لهذا العالم قضايا يمكن أن تؤخذ علينا ويمكن أن تُرد علينا في وجوهنا يوم أن نقول بأن دية المرأة على النصف من دية الرجل، يا سادة ياكرام نحن نعيش في عالم وفي واقع، ونحن نؤكد هذه المقولة الظالمة التي تقول بأن الفقه الإسلامي نظر إلى المرأة نظرة عداء وعلى أنها أقل من الرجل وو.. ومن ناحية أن الفقه متفق على أنه يجوز العمل بالرأي المرجوح في مواجهة الرأي الراجح هذه قضايا مسلمة وإذا كان ذلك كذلك في رأي فقهائنا رضي الله عنهم فَلِم نقدم لأعداء الإسلام الحجية تلو الحجة على أننا ما زلنا نعيش في القرون الخوالي وبمنطق ربما أُخذ علينا من حيث لانقصد والأحكام الشرعية لابد فيها من العلم بواقع الحال وتحقيق المناط ثم من قال أن المرأة على النصف من الرجل، يوم أن قرر الشارع أنها في الميراث وفي بعض الحالات فهل يعني ذلك أنها على النصف من الرجل، لا ، الميراث هو الذي على النصف من دية الرجل ولكن ليست المرأة كذلك والفرق كبير بين الحالتين ، نقدم في عصر العولمة قضايا رحم الله من خاض فيها ومن تحدث فيها، ولكننا أعلم بزماننا وكلهم من رسول الله ملتمس

غرفا من البحر أو رشفا من الديم ".

يتحدث الدكتور خليفة موسى من محكمة العين الشرعية حول هذا المحور بقوله :

" لمثل هذه المواضيع ينبغي ألا يستعجل عليها ونشكركم على هذه الحلقة لنناقش هذه المواضيع بشكل مستفيض ويخرج الناس منها بفكر ناضج ، والموضوع ذو وجوه في هذه النقطة ومنها النصوص وقد قال فيها الحضور رأيهم بأن النص الذي يدل على أن دية المرأة نصف دية الرجل عرضت، وإذا كان الإجماع سكوتي أم غير سكوتي وحجيته لا أريدالخوض فيها باعتبارها مواضيع واضحة ، أما العقل والنظرة العقلية والمنطقية والإسلام معروفة بأنه إذا نظرت تشريعاته بنظرة دقيقة لرأينا بأنها لاتعارض العقل ولكن إذا تعارضت معه يرجع إلى النص لأن العقل لايستوعب كل مافي النص، التشريع من الله عن طريق الرسول صلى الله عليه وسلم بدليل أن كثيراً من الأحكام ما عُرفَت الحكمة منها إلا في هذه الظروف، لذلك فإن العقل يدرك الحكمة أحياناً ولذلك إذا ما أدركها يسلم بالنص إذ ما كان صحيحاً، مناقشة العقل في هذه النقطة أن المرأة في كثير من الحالات قد نصت النصوص على أنها من الناحية المالية نصف الرجل ولم النصف؟ ذلك لأن أعباؤها أقل من أعباء الرجل فوضعها الله في هذا الموضع لأنه رفع عنها بعض التكاليف المالية فكانت على النصف من الرجل ونحن لانقيم ذات المرأة بل نقيم وضع الإسلام لها والأعباء التي أناطها بها أقل من الرجل والغرم بالغنم وهي قاعدة أصولية معروفة بأن أعباؤها بنصيبها من المال أقل

ولذا فإن هذا المنطق يتفق على نصف دية المرأة للرجل وإجماع العلماء في المذاهب الأربعة ليس عبطاً " .

د. جاسم علي سالم الشامسي : ننتقل إلى نقطة أخرى وهي مدى جواز تجزئة الدية؟

" يعرض الأستاذ الدكتور محمد المرسي زهرة لهذه النقطة بقوله : أثير التساؤل عن مسؤولية الشخص عن غيره وهو "مُتولي الرقابة" والتابع والمتبوع، هل يجوز تحميل المتبوع أو متولي الرقابة بعبء الدية؟ اللبس الذي أثار هذه النقطة هو النظر إلى الدية على أنها عقوبة، فإذا اعتبرناها عقوبة فإن الإجابة ستكون طبعاً لا لقوله تعالى : ﴿ولاتزر وازرة وزر أخرى﴾ مبدأ شخصية العقوبة، لكن إذا نظرنا إلى الرأي القائل بأن الدية ذات طبيعة مختلطة فنأخذ بالجهة التي تقول بأنها تعويضاً وبالتالي لايجوز الحكم بالدية على متولي الرقابة وعلى المتبوع لسببين الأول وهم الأهم، أن المسؤولية عن فعل الغير في القانون الإماراتي هي في الواقع ليست مسؤولية عن فعل الغير بل هو كفيل بدليل أنه يجوز للمتبوع الرجوع بما دفع التابع . والسبب الأخر أن القضاء مستقر على اعتبار الدية في جانب من جوانبها تعويضاً ويجوز في هذه الحالة الحكم بالدية على الغير" .

ويقول فضيلة الشيخ بيه بن السالك، محكمة العين الشرعية :

" موضوع مسؤولية التابع عن المتبوع مسألة لها أصل في الشريعة الإسلامية وهو

مايسمى بشخصية الجريمة، لقوله تعالى: ﴿ولاتزر وازرة وزر أخرى﴾ ولكن هناك وقائع قد تؤدي إلى الضمان ككون المتبوع والتابع تربطهم صلة، كالحليف فيؤخذ المتبوع بجريمة التابع، كما في حديث للغفيلي الذي أخذ الرسول صلى الله عليه وسلم ناقته فسأله لماذا أخذت ناقتي، أخذتك بجريرة حلفائك ثقيف. وإذا كان بينهما تمالؤ حيث يؤخذ الفقير عن الغني وكذلك الدية فتحملها العاقلة بجريمة أفرادها وهكذا... إلا أن القاعدة العامة أن لايؤخذ شخص بجريرة غيره".

ويشير فضيلة القاضي محمد يس، محكمة العين الشرعيةإلى:

"أن متولي الرقابة لم يلزموه الفقهاء إلا إذا أمر، كالأب إذا أمر ابنه القاصر أن يفعل شيء، لكن بدون أمر لايعتبر مسؤولاً، كذلك الأمير إذا كان جنده لايفعلون شيئاً أو بأوامره أيضاً يلزم بما جناه الجنود من أفعال بناء على أوامره. أما موضوع أن يحكم على المتبوع بالرجوع على التابع فهي عندي نوع من الإلتفاف على القاعدة الفقهية".

ولمزيد من تسليط الضوء على هذه النقطة يتحدث الدكتور جاسم الشامسي قائلاً:

"هناك حكم صادر من القضاء العالي الإماراتي، تتلخص وقائعه بأن هناك عامل يعمل في أحد الفنادق وقد قام بناء على تكليف بفتح صنبور المياه إلا أنه أصيب بماس كهربائي مما نتج عنه وفاة العامل نتيجة للصعقة الكهربائية، علماً بأن الفندق لم يقم باتخاذ إجراءات السلامة الواجبة الاتباع لمثل هذه الحوادث، رفض الفندق دفع

الدية الشرعيـة له مكتفياً بالدية العمالية وقدرها ٣٥ ألف درهم وهو تعويض قانوني وفقاً لقانون العمل ، لكن المحكمة ألزمت الفندق بالدية الشرعية كاملة" ، وقد قمت بإعداد تعليق على هذا الحكم القضائي وهو منشور انتهيت فيه إلى عدة نتائج هامة .

وننتقل الأن إلى محور أخر حول مدى جواز تحمل الضحية جزء من الدية؟

فضيلة القاضي سومي زيدان، محكمة العين الشرعية يقول :

" الواقع أن هذه النقطة والنقطة التي سبقتها يمكن أن تعالج من خلال قواعد مذكورة في الفقه الإسلامي، والمعروف أن أساس الدية التضمين والضمان له أسباب شرعية وهي الإفساد بغير إذن، التسبب ووضع اليد غير المؤتمنة والحاكم في هذه المسألة هو الفعل، والفعل المجرم أو المضمن مرتكبه فكل من جرم فعله ضمن، وقاعدة أخرى كضبط هذه المسألة وهي قاعدة المباشرةوالمباشرة الطارئة والتسبب واعتدال التسبب والمباشرة، فإذا كان الفعل يترتب عليه التضمين يتأسس عليه أحد الأسباب المذكورة، فالذي تسبب يكون هو المسؤول .

أ . د رياض الخاني، أستاذ قانون العقوبات والمحامي يقول :

" أود أن أشير صراحة إلى ضرورة أن يكون هناك مؤتمر علمي حول هذه الحلقة لنخرج بتوصيات ومخرجات مفيدة، حيث أنني من المؤيدين لمن يقولون بأن الدية

هي تعويض بدليل قوله تعالى: ﴿فدية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا﴾ فإذا تصدقوا انتهت العملية . وفوجئت بصدور قانون العقوبات الإماراتي حيث كيّف الدية كعقوبة، ولي ملاحظة حول هذا النص . أما بالنسبة للموضوع السابق فإنني أرى أنه يمكن إعمال رابطة السببية أو العلاقة السببية بين الفعل والنتيجة إذا أخذناها على قانون العقوبات فلا تختلف عنها في القانون المدني، ففي هذه الحالة يجب أن نقف أمام مسؤولية الشخص الآخر الذي تسبب -وهو الضحية- في إحداث النتيجة ونقسم العمل من حيث الكل بما قام عليه الأول ما قامت به الضحية، فنقسم الدية بين الفاعل والمفعول به .

أ. د. هشام فريد، كلية الشريعة والقانون يقول:

" نجد أن هناك موطن آخر من مواطن الاختلاف بين المحكمتين -تمييز دبي والاتحادية العليا- حيث أن تمييز دبي تقر بعدم الأخذ بمدأ تحمل الضحية جزء من الدية على النقيض تماماً من الاتحادية العليا التي قضت بأن المجني عليه يتحمل جزء من الدية في حالة ارتكابه خطأ، وبالرجوع إلى قانون العقوبات نجد أنه وسم الدية بوصف العقوبة ووصفها بأنها عقوبة أصلية ، والملاحظ أنه عندما تعرض للايذاء البدني والمساس بسلامة البدن عمداً وخطأ، بدء بالمادة ٣٣٢ بدون وصف الدية بأنها عقوبة، إذ يقول: " مع عدم الإخلال بالحق في الدية . . " وبالتالي هناك مغايرة في التعبيرين تستدعي النظر، وسمها بالعقوبة، لكن عندما جاء إلى موضعها المناسب

وهي جرائم النفس قال: الحق في الدية فالحق يجوز بالتنازل عنه كلياً أو جزئياً ويمكن أن يؤدى كاملاً أو لا، وبالتالي وفقاً للمحكمة الاتحادية العليا قد يكون هذا هو سندها القانوني في جواز انقاص الدية مقابل خطأ المجني عليه، وموضوع السببية إذا كان خطأ المجني عليه قاطع للسببية فهذا ينفي خطأ الجاني تماماً وبالتالي لا مسؤولية، والمشكلة تكون إن لم يقطع هذا الخطأ، حيث يكون الخطأ مشترك بين الاثنين هو محل الخلاف بين الحكمين، وفي مجال الترجيح فإن كان عقوبة في قانون العقوبات فلا يجوز انقاصها، لكن عندما نرتكز إلى الحق بالدية فممكن هو موضوع يحتاج للمزيد من البحث والدراسة" .

د. جاسم علي سالم الشامسي:

"هناك حكم صادر من تمييز دبي خلال هذا الشهر فقط تبنت من خلاله نفس المبدأ الذي تبنته الاتحادية العليا فأجازت تجزأة الدية .

المحور الآخر يدور حول تعدد الديات وهل يجوز أن تتعدد الديات أم تكون في حدود ١٥٠ ألف درهم فقط؟

فضيلة القاضي بيه بن السالك:

"من المقرر شرعاً أنه يجوز للإنسان أن يحصل على عشر ديات بشرط أن تتفاوت الجنايات بين فترات متعددة، وهي مسألة لاخلاف عليها بشرط التفاوت، فما دام هو حي فيحصل عليها أما إذا فعل به هذه الجنايات ثم قتل فلا يجوز، إذ تجب

الدية واحدة" .

د. جاسم علي سالم الشامسي :

هل يجوز التعويض عن الدية والأضرار الأدبية والمادية الأخرى؟

د. رمزي فريد مبروك :

" النص الذي يتكلم عن مدى الجواز بين الدية والتعويض فإنه يتكلم عن الدية عند الإيذاء الجسدي، فالدية هنا مقابل إزهاق الروح ، أو الأذى الجسدي الذي أصاب هذا الشخص، لكن لايجوز لهذا الشخص أن يطالب بتعويض وهي مسألة مفروغ منها، أما الأضرار الأدبية والمادية التي قد تترتب على هذه الإصابة الجسدية فالنص واضح، ولايعتبر جمعاً إذا كانت هناك أضرار أدبية ومادية مترتبة على الفعل إذا كان على قيد الحياة وهو ماتبنته محكمة تمييز دبي أما الاتحادية العليا فإن موقفها متدرج بدء بأن الشخص المصاب يمكن أن يطالب بالأضرار المادية هو نفسه دونه ورثته، وبعد ذلك في الأضرار الأدبية أكدت أنه يجوز له المطالبة بالتعويض، أما إذا توفى فإن الدية عبارة عن أنها مواساة جابرة عن الضرر الأدبي وبالتالي لايجوز" .

ويقول فضيلة القاضي حسن الحمادي :

" الذي يحكم هذه المسألة نص المادة ٢٩٩ من قانون المعاملات المدنية وهو نص صريح مالم يتفق على خلاف ذلك. والدليل على ذلك المذكرة الإيضاحية حيث لم

يجز الجمع بينهما مطلقاً، وهي مخالفة لنص المادة من القانون الأردني، والاتحادية العليا في دوائر متعارضة أجاز بعضها ذلك والأخرى لم تجز، وقد استقرت أحكام المحكمة الاتحادية العليا مؤخراً على جواز الجمع بين الدية والتعويض المادي فقط أما الأدبي فإنه مندرج تحت الدية. ولكن لو أتينا لمدى حجية هذه الأحكام للاتحادية العليا لوجدناها مخالفة لنص المادة الصريح، وهو مجرد اجتهاد في هذا النص.

د. رمزي مبروك:

"أعتقد أن في نص المادة ٢٩٩ الإجابة على هذا التساؤل حيث يقول النص بأن الدية تؤخذ عند الإيذاء إذن فإنها مقابل الإيذاء ولم يتكلم عن الأضرار الناتجة عن الإيذاء فهي غير مشمولة بهذا النص".

أ. د. محمد زهرة يقول حول هذه النقطة:

"الحقيقة أن أصل المشكلة هو نص المادة ٢٩٩ وهو أمر لاخلاف عليه وقد أثيرت هذه المشكلة من الناحية العملية كما يلي: إذا كانت الأضرار التي أصابت المضرور تتجاوز قيمتها الـ١٥٠ ألف، فهل يحكم له بالدية فقط أم أنه يتعارض مع العدالة؟ القضاء بدأ متردداً في الجمع أما الآن فإنه يجيز الجمع، والسبب هو اقتناعه بأن الدية لاتغطي سوى نوعاً واحداً من الأضرار، وبالتالي يبقى الأضرار الأخرى دون تغطية، وهناك رأي قوي يرى بأن الدية لاتغطي سوى نوعاً واحداً فقط من الضرر وهو ماسماه الفقه الإسلامي بأذى النفس، وبهذا التفسير الذي توصل إليه

هذا القضاء لا نكون مخالفين للنص، بل نكون قد احترمنا النص ولم نخالف المبدأ الأساسي للتعويض وهو عدم جواز التعويض عن ضرر واحد مرتين، وهذا هو الفيصل.

فضيلة القاضي بيه بن السالك:

" لاتوجد في المذاهب الإسلامية مايسمى بالضرر الأدبي والتعويض عنه أبداً، لا أصل له، إنما التعويض عن النفس والجراحات في البدن وتتساوى دية الشريف والطبيب والمهندس وأضعف الناس...، حيث حصلت واقعة مع عمر بن الخطاب رضي الله عنه حيث كان شخص يحلق شاربه ولما سأله عمر قال له نعوضك عنه... "

د. جاسم الشامسي:

هل يجوز أن تتولى الدولة الدية عن الشخص؟

فضيلة القاضي بيه بن السالك يقول:

" هناك مبدأ مقرر في الشريعة الإسلامية أنه لايهدر دم أمرء مسلم. فإذا لم يعرف الجاني وأصبح مجهولاً فيرجع إلى بيت المال، لأن الأصل في بيت المال أن يكون قابضاً دافعاً كما ويجب على بيت المال دفع الدية، وقد وقعت قضية في الإسلام تؤيد ذلك ".

الأستاذ الدكتور رياض الخاني يقول :

" سبق لي معالجة هذا الموضوع في بحثي عن دور الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في الوقاية من الجريمة في التشريع الإسلامي ، وأعتقد أن المادة ٢٥٦ من القانون المدني الكويتي لعام ١٩٨٠ قضت بإلزام الدولة بدفع الدية لمن يستحقها إذا تعذرت معرفة الجاني ، وقد أخذته عن كتاب الدكتور وحيد سوار ، وهو يرى أنه من الممكن تطبيق هذه المادة على القانون الإماراتي بالرغم من عدم صراحة القانون الإماراتي ، كما هو الحال في القانون الكويتي ، واستند إلى مذكرة صادرة عن السعودية برقم ٢٦٠ , ١٣٩٣هـ القاضي بتحميل بيت مال المسلمين الدية وتقول بأن الدولة راعية لا تاجرة وعليها تعويض المجني عليه ، واستند إلى توصية صدرت عام ١٩٧٤م عن أسبوع الفقه الإسلامي في تونس والتي تقول : " لايطل دم في الإسلام . . . " وقد أغفلنا وسسة كاملة في الفقه الإسلامي وهي " القسامة " والتي كتب عنها كثيراً وهي مؤسسة هامة " .

وقد انتهت الحلقة النقاشية إلى ضرورة استمرار البحث في الموضوعات التي تناولها الحاضرون في الحلقة ، وقدم رئيس قسم المعاملات الشكر والثناء لجميع المحاضرين الذين أثروا بنقاشاتهم الندوة ولولا حضورهم ومناقشاتهم ومداخلاتهم لما تم النجاح لهذه الحلقة ، متمنياً لقائهم في حلقة أخرى يعقدها القسم إن شاء الله .



(b) Publishing Rules :

1 - The Journal of Sharia and Law publishes original, genuine and indepth studies related to the Islamic jurisprudence (Fiqh) and the law.
2 - Contributions may be written in Arabic, English or French, ranging from 5,000 to 10,000 words (16 to 32 A4 pages) excluding lists of references, figures, pictures and appendices.
3 - Contributions must not be a part of the writer's Ph.D or MA thesis, and must not have been published before in any form or submitted for publication to any other journal. The author is required to submit a statement to this effect.
4 - Authors are advised to observe academic rules with regard to references, footnotes, sources, and all other rules of research . References and footnotes should be cited properly .
5 - Contributions must be carefully written and Sharia texts must be clearly indicated.
6 - Contributions should be free from any linguistic and spelling errors, numbered in the Arabic stylc.
7 - Contributions should be typed on a typewriter, computer. Three copies should be sent to the editorial board of the journal.
8 - Authors are required to include a summary of their academic qualifications and publications .
9 - All Contributions are subject to confidential review by outside referees.
11- Decision taken about suitability of article for publication slall be communicated to authors withim a maximum period of two months from the date of their arrival.
12- Lists of internal and external referees are prepared by the academic departments of the Faculty and submitted to the editorial board for approval. Selected referees shall be paid honorarium amounts in accordance with UAE University rules .
13- Priority for publishing contributions is given according to the folowing criteria :

   a- the importonce of the topic to UAE society.
   b- Date of article's arrival .
   c- Diversity of topics and writers.

Journal of Sharia and Law
Objectives and Publishing Rules

(a) Journal objectives :

The journal of the Faculty of Sharia and Law of the United Arab Emirates University is a specialized, refereed annual publication The objectives of the journal are as follows :

1- Publishing original articles written by specialists in the fields of sharia (Islamic Law) and law in general in order to enrich these two fields and create opportunities for faculty members of Sharia and Law of the UAE University to publish their work and broaden their perspectives on complex legal issues which are of great importance to legal scholars and the society at large.
2- Strengthening The academic and scientific contacts between the Faculty of Sharia and Law of the UAE University and other Universities in the World.
3 - Analyzing contemporary issues within the framework of the sharia and law, especially the issues relating to the UAE, the Arab world, and Islamic Nations.
4- Studying the academic trends in the fields of Sharia and law and assessing current legal developments as demonstrated in new publications in the fields of sharia and law , and in the dissertations submitted to Gulf, Arab, Islamic and international universities all over the world as well as conferences and siminars dealing with human and environmental issues as relatd to above topics. This is in additton to news about Arabic and Islamic intellectual heritage, religious and legal opinions. The Journal of the Faculty of Sharia and Law provides a forum for commenting and analyzing the judgements of the courts of the UAE and of the other Arab States .
5 - Creating opportunities for academic exchange of views with similar journals.

Contents

Editorial Board

IN THE NAME OF
ALLAH,
MOST GRACIOUS,
MOST MERCIFUL



United Arab Emirates University

JOURNAL

OF

SHARI'A AND LAW



" A REFEREED ACADEMIC PUBLICATION "

ISSUE NO 13/ Thul-qi'adah 1420 -February 2000